

النهر الفائق

للإمام سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي

المتوفى سنة ١٠٠٥ هـ

شرح

كنز الدقائق

للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود

المعروف بحافظ الدين النسفي

المتوفى سنة ٧١٠ هـ

حققه وعلق عليه

أحمد عزو عناية

الجزء الثالث

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



الطبعة الأولى

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م

دار الكتب العلميـة
بيروت - لبنان

رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ١١ - ٩٤٢٤ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ére Etage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العتق

كتاب العتق

اعلم أن الإسقاطات أنواع ميزت بأسماء تنسب إليها اختصاراً ضمن إسقاط منافع البضع بالطلاق، وملك الرقبة بالإعتاق، وما في الذمة بالإبراء، وملك القصاص بالعفو، فذكر العتق بعد الطلاق لاشتراكهما في ذلك وفي أن كلاً منهما لا يقبل الفسخ غير أنه قدم الطلاق وإن كان غير مندوب إليه على العتق المندوب إليه وصلاً له بمقابله وهو النكاح وعبر القدوري بالعتاق ليشمل ما لو ملك ذا رحم محرم منه والاستيلاد الآتي بيانهما بخلاف الإعتاق وقد يقال: إنه الأصل ولذا عنون به هنا وهو لغة كما في «المغرب» الخروج عن المملوكية جاء المضارع منه على يفعل بالكسر.

قال في «ضياء الحلوم»: وأما العتاق بمعنى القدم والعتق بمعنى الجمال فبالضم وفي «المبسوط» وعليه جرى كثير أنه لغة: القوة، وادعى في «البحر» أن أهل اللغة لم يقولوا: عتق العبد إذا قوي وإنما قالوا: عتق العبد إذا خرج عن المملوكية وقالوا: عتق الطائر إذا قوي على الطيران وأنت خبير بأن هذا بعد أن الناقل ثقة لا يلتفت إليه على أن في كلامهم ما يفيده وذلك أنهم قالوا: الرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق، ولا شك أن العتق إزالة الضعف وإزالته تستلزم القوة وكون المضارع جاء في العتق بمعنى القدم والجمال بالضم لا ينافي كونه بمعنى القوة.

ولذا قال في «الفتح»: قيل للقديم عتيق لقوة سبقه وسمي البيت عتيقاً لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه والصديق/ عتيق لجماله أو تقدمه أو لعتقه من النار [٢٦٢/ ب] وكل هذه المفهومات ترجع إلى زيادة قوة في معانيها وفي «الصحاح» العتق الحرية بناء على أن القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع إلى معنى آخر، ولذا أطلقوه في تلك المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع إلى معان مختلفة لأنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق، وبه صرح في «المغرب» حيث قال: العتق الخروج عن المملوكية كما مر وسببه المثبت له، إما دعوى النسب والملك في القريب أو الإقرار بحرية عبد غيره أو الدخول في دار الحرب فإن الحربي لو اشترى عبداً مسلماً فدخل به إلى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند الإمام، وكذا لو هرب منه إلى دار الإسلام، أو اللفظ الإنشائي الدال عليه وهو ركنه، وصفته واجب وهو الإعتاق في الكفارات ومندوب وهو الإعتاق لوجه الله تعالى لما في الكتب الستة «من أعتق

هو إثبات القوة الشرعية لمملوكه، ويصح من حر مكلف لمملوكه ....

رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار»[١] زاد أبو داود: «وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين كانتا افكاكه من النار يجزى مكان عظمين منها عظماً من عظامه»[٢] ومن هنا قال المشايخ: يندب أن يعتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لظهور أن عتقه بعتق امرأتين بخلاف عتقه امرأة، ولم أر هل تشترط الصيغة لتحصيل هذا المندوب عملاً بظاهر قوله أعتق أو أنه به يحصل ولو بالتدبير أو شراء القريب، والظاهر أنه يحصل بهما وأفضلهما أغلاها كما جاء في السنة بالمعجمة والمهملة وهذا المطلق يجب تقييده بالأعلى من المسلمين إذ المقصود من العتق غير حاصل بالكافر ومعلوم أنه لا يلزم في تحققه شرعاً وقوعه عبادة إذ قد يوجد بلا اختيار ومن الكافر، ومباح وهو الإعتاق بلا نية، وحرام وهو الإعتاق للشيطان أو الصنم، وكذا لو غلب على ظنه أنه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وحكمه زوال الملك وأما حقيقته الشرعية فما أفاده بقوله: (**هو إثبات القوة الشرعية**) وهي القدرة على التصرفات والتأهل للشهادات والولايات.

قال العيني: وهذا التفسير على مذهبهما لأن الإعتاق عندهما هو إثبات العتق، وعند أبي حنيفة هو إثبات الفعل المفضي إلى حصول العتق فلذا يتجزئ عنده خلافاً لهما على ما يجيء انتهى. (**لمملوكه**) ويندب له أن يكتب كتاباً ويشهد عليه شهوداً صيانة عن التجاحد كما في المداينة بخلاف سائر التجارات لأنه مما يكثر وقوعهما فالكناية فيها تؤدي إلى الخرج كذا في «المحيط».

(**ويصح**) الإعتاق كائناً (**من حر**) فلا يصح إعتاق غيره، ولو كان حراً يداً (**مكلف**) خرج الصبي والمجنون والمعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم فإنه لا يصح ولو أسنده إلى حالة من هذه الأحوال أو إلى دار الحرب وقد علم ذلك فالقول له لأنه أسنده إلى زمان لا يتصور منه حال كونه (**لمملوكه**) خرج به إعتاق غير المملوك فإنه لا يصح، ومنه إعتاق الحمل إذا ولدته لأكثر من ستة أشهر ولا يرد عتق الفضولي في المجاز كما توهمه في «البحر» لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ومعلوم أن الوكيل فيه سفير محض وفيه أنه يستغنى بهذا عن قيد الحرية وأن الكلام في شرائط الصحة وهذا من شرائط النفاذ، فلو قال لمملوك لكان أولى، والعذر للمصنف أنه أراد به زيادة الإيضاح وشأنه في كتابه أنه لا يميز بين الشروط بل يجمع

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٩)، والترمذي في السنن (١٥٤١)، والنسائي في الكبرى (٤٨٧٤)، والبخاري في صحيحه (٦٣٣٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٥٢٢)، وأبو داود في سننه (٣٩٦٧).

بأنت حر، أو بما يعبر به عن البدن........

مثلاً شرائط الصحة مع شرائط الوجوب عرف ذلك من مارسه فإن كان معلقاً بما سوى الملك وسببه اشترط وجوب الملك وقت التعليق ونزول الجزاء لا ما بينهما وفيه إيماء إلى أنه لا يشترط أن يكون طائعاً فيصح عتق المكره ولا عالماً بأنه مملوكه، حتى لو قال الغاصب للمشتري: أعتق هذا العبد، أو قال البائع للمشتري: أعتق عبدي هذا، فأعتقه صح ولا قاصداً فيصح عتق المخطئ ولا صحيحاً فيصح عتق المريض إن خرج من الثلث ولو شرط المالك الخيار فيه له فيصح العتق ويبطل الشرط نعم إذا كان العتق على مال فإن الشرط في جانب العبد صحيح (**بأنت حر**) متعلق بيصح بدأ بالصريح من ألفاظه لأنه الأصل ثم بدأ منها بالوصف لكثرة استعماله فيه ونبه بذلك على أنه لو قيل له: أعتقت هذا فأومأ برأسه أن نعم يعتق، كما في «المحيط» ولو زاد من هذا العمل عتق قضاء كذا في «البدائع».

وفي «الخانية» لو قال/ لأمته: أنت حر أو لعبده أنت حرة عتق، وفي «البزازية» [١/٢٦٣] أنت حر النفس ونوى به كرم الأخلاق عتق وإن زاد في أخلاقك لا يعتق، لكن في «فتح القدير» هذا قول أبي حنيفة، وقال محمد: يعتق إذا أراد به الحرية، قيل: والظاهر قول محمد، وبأدنى تأمل يظهر أنه لا فرق بين العبارتين في المعنى فلا خلاف بينهما وفيه تصبح حراً إضافة للعتق وتقوم حراً وتقعد حراً يعتق للحال إذا مررت على العاشر فقل أنا حر فقال بعد المرور عتق، ولا يعتق قبل المرور إلا إذا نوى، ولو قيل له: ابتداء قل أنا حر لا يعتق.

وفي «المحيط» قال: إن أنت عبدي فأنت حر لا يعتق لأن في كونه عبداً له قصور (**أو بما**) أي: وباللفظ الذي (**يعبر به عن البدن**) كالرأس والوجه والرقبة وفرج الأمة، وفي قوله لعبده: فرجك حر قيل: يعتق، وعن محمد لا يعتق لأنه لا يعبر به عنه بخلاف الذكر في ظاهر الرواية، كذا في «الخانية».

وفي «الفتح» الأولى ثبوت العتق فيه لأنه يقال في العرف وهو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكر وفيه لسانك حر يعتق، لأنه يقال: هو لسان القوم وفي الدم والعنق روايتان، والأصح في الدبر والاست أنه لا يعتق.

ولو قال: فرجك علي حرام ينوي العتق لا يعتق لأن حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كذا في «الفتح» وينبغي أن يكون كناية لجواز أن يكون الحرمة للعتق فإذا نواه تعين، وفي «المجتبى» لو قال: كبدك حر أو بدنك حر عتق وخرج نحو اليد والرجل ولم يقل كما في الطلاق أو لجزء شائع للفرق البين بينهما وكان هذا مما يتجزأ كما سيأتي بخلاف الطلاق، ولو قال: سهم منك حر عتق السدس، ولو قال:

وعتيق، ومعتق ومحرر، وحررتك وأعتقتك نواه أو لا، وبلا ملك، ولا رق،..............

جزء وشيء منك حر أعتق المولى ما شاء، وكذا في «الخانية» (و) بقوله أنت (**عتيق ومعتق**) وحر قيد بذكر المبتدأ لأنه لو اقتصر على الخبر كان كناية.

قال في «الخانية»: لو قال: حر فقيل: من عنيت فقال: عبدي عتق، وكذا لو قال: أنت عتيق فلان بخلاف أعتقك فلان كذا في «المجتبى» وكأن وجهه أنه في الأول اعتراف بالقوة الحاصلة بالعتق فيه، وفي الثاني إنما أخبر بأن فلاناً أوجد الصيغة (**وحررتك وأعتقتك**) بيان لما إذا وجد بصيغة الفعل وفي «الخانية» قال لعبده الذي حل دمه بقصاص: أعتقتك، وقال: عنيت به عن القتل عتق في القضاء وسقط عنه الدم بإقراره، ولم يذكر المصنف المصدر نحو العتاق عليك وعتقتك على أنه من الصريح أيضاً ولو زاد واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة وبهذا اتضح ضعف ما في «جوامع الفقه» من أنه لو قال: أنت عتق أو عتاق ولا يعتق إلا بالنية إذ لا فرق بين مصدر ومصدر.

ومن ثم قال في «المحيط»: إنه يعتق وإن لم ينو، ولو قال عبيد أهل الدنيا أحرار فالمختار للفتوى قول عصام بن يوسف إنه لا يعتق عبده وأجمعوا على عدم عتق عبده فيما لو قال: ولد آدم كلهم أحرار وينبغي عتقه بالنية فيهما وعلى عتقه فيما لو قال: كل عبيد في هذه الدار أحرار وعبده فيهم، كذا في «الظهيرية»، وفي «المحيط» كل مالي حر لم يعتق أرقاؤه لوجوب اعتبار عموم كلامه وغير الأرقاء من الأموال لا يقبل الوصف بالحرية فلغي، واعلم أن الملحق بالصريح وهبتك نفسك فيعتق أو بعتك نفسك فيعتق، وإن لم ينو لم يقبل العبد ولا يرتد بالرد فإن قال: بكذا توقف على القبول كذا في «الفتح».

زاد في «الخانية» تصدقت بنفسك عليك وأما أفعل التفضيل نحو أنت أعتق من فلان في ملكي أو في السن أو مني فجزم في «الخانية» وغيرها أنه من الكنايات، وفي «المجتبى» إن نوى عتق وقيل: يعتق بدون نية وفي «البدائع» وغيرها دعا عبده سالماً فأجاب آخر، فقال: أنت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال: عنيت سالماً عتقا في القضاء، ولو قال: يا سالم أنت حر فإذا هو عبد آخر عتق سالم (**وبلا ملك**) أي: يصح العتق أيضاً بقوله لا ملك.

(و) بقوله (**لا رق**) لي عليك شروع في الكنايات لأن نفيهما جاز أن يكون بالبيع والكناية، كما جاز أن يكون بالعتق فلا بد من النية ولذا كان منها أيضاً خرجت من ملكي وقوله لأمته: أطلقتك أو أنت حر أو قال لعبده: أنت حرة وقوله لا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد وقد مرَّ أنه صريح فيحمل على الاختلاف

ولا سبيل لي عليك إن نوى وهذا ابني، أو أبي، أو أمي.........

وسيأتي ما يفيده وفي «المحيط» عن أبي/ يوسف رجل قال لثوب خاطه مملوكه: [٢٦٣/ ب] هذه خياطة حر أو لدابة مملوكه هذه دابة حرٍ أو لمشي عبده هذه مشية حرٍ أو لكلامه لم يعتق إلا بالنية لأنه قد يراد به الشبيه كفعل حر كما يقال عيناك عيناها وجيدك جيدها أي: كجيدها انتهى. وفيه عن أبي يوسف أيضاً لو تهجى إعتاق عبده أو تطليق زوجته ونوى به العتق والطلاق وقع انتهى.

قال في «البحر»: وإذا لم يقع العتق في لا ملك لي فهل له أن يدعيه؟ قال في «الخلاصة»: لو قال لعبده: أنت غير مملوك لا يعتق، لكن ليس له أن يدعيه بعد ذلك ولا أن يستخدمه فإن مات لا يرث بالولاء فإن قال بعد ذلك: أنا مملوك له فصدقه كان مملوكاً له، وكذا لو قال: ليس هذا بعبدي لا يعتق انتهى. وظاهره أنه يكون حراً ظاهراً لا معتقاً فتكون أحكامه أحكام الأحرار حتى يأتي من يدعيه ويثبت فيكون ملكاً انتهى.

وأقول: علل في «المحيط» أنت غير مملوك بأن نفي الملك ليس صريحاً في العتق بل يحتمله انتهى. فإذا لم ينوه لم يعتق وبقي إقراره بكونه غير مملوك أصلاً فترتب عليه ما ذكر، وعندي أن هذه المسألة مغايرة لمسألة «الكتاب» وذلك أنه في مسألة «الكتاب» إنما أقر بأنه لا ملك له فيه وهذا لا ينافي ملكه لغيره وفي مسألة «الخلاصة» موضوعها إقراره بأنه غير مملوك أصلاً إما لعتقه أو لحريته الأصلية فنفيه لهذا فإنه مهم.

(و) بقوله أيضاً: (**لا سبيل لي عليك**) وقوله (**إن نوى**) قيد في الكل لأن نفي السبيل يحتمل أن يكون عن العقوبة واللوم لكمال الرضى وأن يكون للعتق فيؤول إلى معنى لا ملك لي عليك إذ هو الطريق إلى نفاذ التصرف وقد مر أن نفيه كناية، ولو قال: أنت لله أو جعلتك لله خالصاً لا يعتق ولو نوى كذا روي عن الإمام وعنه يعتق إذا نوى، وقالا: يعتق ووافقاه على النية في رواية، ولو قال: اذهب حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى، وجعله في المعنى كناية وبه قال بعض المشايخ في قوله أنت مثل الحر (و) يصبح العتق أيضاً بقوله (**هذا ابني**، أو) هذا (**أبي**، أو) هذه (**أمي**) نوى العتق أو لا غير أنه إذا كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله سواء شبهه أو لا ثبت النسب أيضاً إجماعاً إلا إن كان معروفه لكن يثبت العتق عندنا وإن كان لا يولد مثله له فكذلك عند الإمام، وقالا: لا يعتق والخلاف مبني على أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وعنده في التكلم على ما عرف في الأصول ثم إن كان هذا دخل في الوجود وعتق قضاء وديانة وإلا فقضاء ولا تصير أمه أم ولد كذا في «الفتح».

وهذا مولاي، ....

ولو قال: هذا ابني من الزنا يعتق ولا يثبت نسبه قاله الشمني، وفي «المحيط» لو قال: هذه خالتي أو عمتي من الزنا أعتقت، وكذا لو قال: هذا ابني أو أخي من زنا لا تثبت بينهما القرابة المحرمية للقطعية والمتاركة وإن لم يثبت النسب. وهل يشترط تصديقه فيما سوى دعوة البنوة؟ قولان، ولو قال: هذا أخي لم يعتق في ظاهر الرواية إلا أنه ينوي به الأخ من النسب لأن الأخ كما يقال على نسبي يقال أيضاً على الأخ في الدين والابن وإن أطلق على الرضاعي والمتبنى لكنه إطلاق مجازي فلا يعارض الحقيقة، كذا في «المحيط» ملخصاً، ولو قال لعبده الصغير: هذا جدي فالأصح أنه على الخلاف أيضاً لأنه وصفه بصفة من يعتق بملكه واختلف المشايخ فيما لو قال لعبده: هذه بنتي أو لأمته هذا ابني.

قال في «المجتبى»: والأظهر أنه لا يعتق، يعني إلا بالبينة ويدل عليه ما مر من أنه لو قال لعبده: أنت حرّة أو لأمته أنت حرّ ذكر في بعض المواضع أنه صريح وفي بعضه أنه كناية.

(و) بقوله أيضاً (هذا مولاي) لأنه ملحق بالصريح وهذا لأنه وإن كان اللفظ ينتظم معان وصلها ابن الأثير إلى نيف وعشرين معنى كالناصر وابن العم والموالاة في الدين وعلى الأعلى والأسفل إلا أنه لما كان المولى لا يستنصر بعبده عادة وله نسبه معروف، والموالاة مجاز وإضافته إلى العبد تنافي الأعلى تعين الأخير وكونه صريحاً هو الأصح كما في «الروضة» و«الولوالجية».

[٢٦٤/أ] واختار بعض المشايخ أنه/ لا يعتق إلا بالبينة، وأيده الإتقاني بأنه مشترك استعمل في معانٍ فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحاً، وقولهم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم على أنا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادي أنا عنيت الناصر وهم يقولون ولاية الحال من كلامك يدل على أن المراد الأسفل ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة.

وأجاب في «فتح القدير» بأن قوله استعمل حينئذ إن أراد دائماً معناه لجواز أن ينكشف المراد باقترانه بما ينفي غيره اقتراناً ظاهراً كما هو فيما نحن فيه ومنعه أن المولى لا يستنصر بعبده لا يلائم ما استند به من قوله تحصل النصرة بهم لأن المراد أنه إذا أحزنه الأمر لا يستدعى للنصر بعبده بل ببني عمه، وإن كان العبيد والخدم ينصرونه لكن يأنف من دعائهم عادة ونداهم لذلك فأين دعاهم إياهم لذلك من كونهم ينصرونه، وأما قوله: الصريح يفوق الدلالة، فكأنه أراد الكناية فطغى قلمه فيقول هذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى إنما قاله بعد قوله عما هو

أو يا مولاي أو يا حر، أو يا عتيق، لا بيا ابني، ويا أخي، ولا سلطان لي عليك، وألفاظ الطلاق،.........................

ملحق بالصريح في إرادته المعتق فأثبت حكمه ذلك ظاهر وهذا الصريح بعده رجوع منه فلا يقبله القاضي والكلام فيه انتهى. وأنت خبير بأن قوله إنما قال بعد قوله عما هو ملحق بالصريح أول المسألة ومحل النزاع وفي «الخانية»، لو قال: أنت مولى فلان عتق (أو) قال: (**يا مولاي**) لأنه لما التحق بالصريح كان كقوله يا حر قيد بالمولى لأنه لو قال يا سيدي أو يا ملكي لم يعتق، لأنه يراد به التعظيم وقيل: يعتق والأصح أنه لا يعتق ما لم ينو كذا في «المحيط» والمختار في قوله: أنا عبدك عدم العتق وبذلك أجاب الصفار حين سئل عن جارية جاءت بسراج لمولاها فقال: ما أفعل بالسراج يا من وجهك أضوأ من سراج يا من أنا عبدك لأن هذه كلمة تلطف، وفي «المحيط» عبد قدم على مولاه فقال المولى: أي حر قدم علينا لا يعتق لأنه لا يراد به التحقيق انتهى.

(و) بقوله أيضاً (**يا حر يا عتيق**)، لأنه ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق إلا إذا سماه بذلك لأن مراده الإعلام باسم علمه ولو ناداه بالفارسية يا أزاد وقد لقبه بالحر قالوا: يعتق وكذا عكسه لأنه ليس نداء باسم علمه فيعتبر إخباراً عن الوصف كذا في «الهداية» وشرط في «الخانية» وغيرها الإشهاد على ذلك، وفي «المبسوط» لو جعل اسم عبده حراً وكان ذلك معروفاً عند الناس وناداه به فقال: يا حر لم يعتق، (**لا**) يعتق (**بيا ابني، ويا أخي**) لأن النداء لإعلام المنادى بطلب حضوره فإن كان بوصف يمكن إثباته من جهته يتضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقاً له كما في يا حر، وإن لم يكن تجرد للإعلام والبنوة لا يمكن إثباتها بهذا اللفظ.

قال في «الفتح»: وينبغي أن يكون محل المسألة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فمشكل إذ يجب أن يثبت النسب تصديقاً له فيعتق، وفي «نوادر ابن رستم» عن محمد، لو قال: يا أبي يا جدي يا خالي يا عمي ولو قال في جاريته يا خالي أو يا خالتي لا يعتق في جميع ذلك زاد في «تحفة الفقهاء» إلا بالنية وأشار إلى أنه لو ناداه بغير إضافة أو مصغر لا يعتق وقيد بإطلاق الأخ المتناول للأخ من النسب أو من الرضاع أو من الدين لأنه لو قال من أمي أو أبي أو من النسب عتق كذا في «المبسوط».

(و) لا بقوله (**لا سلطان لي عليك**) وإن نوى لأنه عبارة عن اليد يقال: لفلان سلطنة ويراد بها القدرة من حيث اليد ولو صرح بنفي اليد ناوياً العتق لم يعتق لجواز أن يزول ويبقى الملك كما في المكاتب، وذهب بعض المشايخ إلى أنه يعتق بالنية وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قال في «الفتح»: وهو الذي يقتضيه النظر (و) كذا (**ألفاظ الطلاق**) نحو طلقتك

وأنت مثل الحر وعتق بما أنت إلا حر وبملك قريب محرم، ولو كان المالك صبياً، أو مجنوناً،.........................

وأنت مطلقة وإن نوى وهذا لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن العتق إثبات القوة والطلاق رفع القيد، وهذا لأن العبد ألحق بالجماد وبالعتق يحيا فيقدر ولا كذلك المرأة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وعم ألفاظ الطلاق كناياته حتى لو قال لأَمته: أنت علي حرام لا يعتق وإن نوى إلا في قوله أمرك بيدك أو اختاري فإنه يقع بالنية كما في «البدائع»، وفيها قال لها: عتقك بيدك أو جعلت عتقك في يدك أو قال لها: اختاري العتق أو خيرتك في عتقك أو في العتق لا يحتاج إلى النية لأنه صريح/ لكن لا بد من اختيار العبد العتق في المجلس لأنه تمليك، وفي [٢٦٤/ب] «الفتح» قال لأمته: أطلقتك أو قال لعبده ذلك يقع العتق إذا نوى بالاتفاق انتهى. وهذا وإن كان من كنايات الطلاق أيضاً إلا أن الممتنع إنما هو استعارة ما كان كناية للطلاق فقط للعتق، **(و)** كذا لا يعتق بقوله: **(أنت مثل الحر)**، هذا الإطلاق يشير إلى أنه سواء نوى العتق أو لم ينو، وفي «المبسوط» لا يعتق إلا بالنية كذا في «العناية».

وفي «التحفة» قالوا: إذا ينوي يعتق، وإلى ذلك يشير توجيه الشارح المسألة بأنه أثبت المماثلة بينهما وهي قد تكون عامة وقد تكون خاصة فلا يعتق بلا نية للشك انتهى، وأراد بكونها عامة يعني في العرف العام فإن العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الأوصاف فيقولون: زيد مثل عمرو مثلاً إذا كان عمرو مشهوراً بعلم أو خط أو جود، وبكونها خاصة يعني في العرف الخاص فإن بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة **(وعتق بما أنت)** أي: بقوله: ما أنت **(إلا حر)** لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد.

قال في «الفتح»: وهذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول، وقد بينا في «الأصول» أنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا قيد بذلك لأنه لو قال: ما أنت إلا مثل الحرّ لم يعتق ولو نوى العتق كما في «المحيط» وفيه لو قال لحرة: أنت حرة مثل هذه الأمة لا تعتق، وعلل فيه بأنه قد بين أن هذه أمة غير حرة **(وبملك قريب)** عطف على القول مع مقوله ولا يصح عطفه على قوله ما أنت إلا حر كما توهم **(محرم)** ولو شقصاً منه فيعتق بقدره عنده **(ولو كان المالك صبياً أو مجنوناً)** أو ذمياً لخبر «من ملك ذا رحم محرم عتق عليه»[1] رواه النسائي وصححه عبد الحق وهو بعمومه يتناول المسلم والكافر في دار الإسلام

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٣٦٥)، وأبو داود في السنن (٣٩٤٩)، بلفظ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر».

وبتحرير لوجه الله، وللشيطان وللصنم وبكره، وسكر، ....

ولا حكم لنا في دار الحرب أو أعتق المسلم عبده فيه لم يعتق خلافاً للثاني، وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربي عبده ثمة كذا في «الإيضاح».

وجزم في «الكافي» ببطلان عتق الحربي، أما إذا خلي سبيله ففي المختلف عتق عند الثاني وولاءه له وقالا: لا ولاء له لأن عتقه بالتخلية لا بالإعتاق فهو كالمراغم ثم قال: المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حربياً فأعتق ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية، وفي الاستحسان يعتق بدونها ولا ولاية له عندهما قياساً وله الولاء عند أبي يوسف استحساناً، قال في «الفتح»: والجمع بين هذا وبين ما في «الإيضاح» أن يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب، وعم كلامه ما لو اشترى المأذون من يعتق على المولى ولا دين عليه، وفي «البدائع» لو اشترى زوجة أبيه الحامل منه عتق ما في بطنها دون الأمة وليس له بيعها قبل أن تضع حملها لأنه ملك أخاه فيعتق عليه انتهى، وهذا مناف لقولهم إن الحمل لا يدخل تحت المملوك حتى لم يعتق بقوله كل مملوك لي حر فيحتاج إلى الجواب، كذا في «البحر».

وأقول: لا يلزم من كون الشيء ملكاً كونه مملوكاً مطلقاً. قال في «البدائع»: ويدخل الحمل تحت اسم المملوك إن كانت أمه في ملكه دخل وإن كان في ملكه الحمل فقط بأن كان موصىً له به لا يسمى مملوكاً على الإطلاق لأن وجوده خطر ولهذا لا يجب على المولى صدقة فطره انتهى. وكان غير المكلف أهلاً لهذا العتق لأنه تعلق به حق العبد فأشبه النفقة (و) يصح العتق أيضاً (**بتحرير لوجه الله**) أي: لذاته لا لغرض من الأغراض، (و) كذا (**للشيطان**) وهو واحد شياطين الإنس والجن، أي: مردتهم والنون فيه أصلية إن كانت من شَطَن بَعُدَ عن الخير، وزائدة إن كانت من شاط بمعنى هلك، (**وللصنم**) وهو صورة إنسان من خشب وذهب أو فضة فإن كان من حجر فهو وثن بأن يقول: أنت حر لوجه الشيطان أو الصنم لأن الإعتاق هو الركن المؤثر في إزالة الرق، وصفة القربة لا تأثير لها في ذلك وينبغي أن المسلم إذا أعتق للصنم أن يكفر.

(و) كذا يصح (**بكره**) أي: إكراه سواء كان ملجئاً وهو ما يخاف منه فوت النفس أو العضو، أو غير ملجئ (**وسكر**) لصدوره من أهله مضافاً إلى محله أطلقه وهو مقيد بما إذا كان من محرم أو مثلث يقصد السكر أما إذا كان من مباح كشرب المضطر والحاصل من الأدوية والأشربة المتخذة من غير العنب والمثلث لا بقصد السكر بل بقصد الاستمراء والتقوي ونقيع الزبيب بلا طبخ/ [١/٢٦٥] فإنه كالإغماء لا يصح معه تصرف ولا طلاق ولا عتاق كذا في «التحرير» وهذا على قول الإمام، أما على قول

وإن أضافه إلى ملك، أو شرط صح، ولو حرر حاملاً عتقا، وإن حرره عتق فقط..........

محمد المفتى به من أن كل مسكر حرام فلا يخرج إلا شرب المضطر وسيأتي إن شاء الله تعالى (**وإن أضافه**) أي: العتق (**إلى ملك**) بأن قال: إن ملكتك فأنت حر، والإضافة إلى سببه كإن اشتريتك فأنت حر كالإضافة إليه والتقييد بالآتي مخرج نحو، إن ملكتك فأنت حر وهو في ملكه فإنه يعتق للحال لما عرف من أن التعليق بالكائن تنجيز فرق بين هذا وبين قوله لمكاتبه: إن أنت عبدي فأنت حر حيث لا يعتق.

قال الشهيد: وبه نأخذ لأن في الإضافة قصور، كذا في «البدائع»، (**أو**) (**إلى شرط**) كإن دخلت الدار فأنت حر. ومن لطائف هذا الباب ما في «الظهيرية» قال لأمته: إن مات والدي فأنت حرة فباعها من والده ثم تزوجها فقال: إن مات والدي فأنت طالق اثنتين فمات الوالد كان محمد أولاً يقول: تعتق ولا تطلق، ثم رجع وقال: لا يقع طلاق ولا عتاق انتهى. وكأن وجهه أن الملك يثبت مقارناً لهما بالموت فتدبره.

(**ولو حرر حاملاً عتقا**) أي: الأم والحمل لأنه تبع لها لاتصاله بها، وقيده الثاني بأن لا يخرج أكثره فإن خرج لا يعتق لأنه كالمنفصل في حق الأحكام، ألا ترى أنه تنقضي به العدة ولو مات في هذه الحالة يرث بخلاف ما لو خرج الأقل وعزي إلى الثاني، لأنه المخرج له وكلامه وإن عم ما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر أو أكثر إلا أنه في الثاني يعتق تبعاً وفي الأول مقصود فليكن هو المراد، (**وإن حرره**) أي: الحمل وحده بأن قال: حملك حرٌّ، أو قال: المضغة أو العلقة التي في بطنك حرةٌ كما في «الخانية»، ولو قال: أكبر ولد في بطنك حر فولدت ولدين فأولهما خروجاً أكبر كذا في «المحيط» وكذا لو قال: إن حملت ولداً فهو حر (**عتق فقط**) إذ لا وجه لإعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة ولا تبعاً لأن فيه قلب الموضوع وعم كلامه ما لو كان على مال وإن لم يجب لكن بشرط قبول من وجب عليه المال.

قال في «المحيط»: لو قال: أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت به لأقل من ستة أشهر عتق بلا شيء لأن العتق تعلق بقبول الأمة الألف وقد قبلت فعتق الولد وبطل المال وفي «الظهيرية» ما في بطنك حر متى أدى إلي ألفاً أو إذا أدى إلي ألفاً فوضعته لأقل من ستة أشهر فهو حر متى أدى إليه ألف درهم، بقي هل يشترط أن تلده حياً؟

قال في «البحر»: ظاهر ما في «المحيط» أنه يشترط حيث قال: لو أعتق أحد شريكي الأمة ما في بطنها فولدت توءماً ميتاً لا ضمان عليه لأن الإتلاف لم يثبت لاحتمال أن الجنين لم يكن حياً ولم تنفخ فيه الروح أصلاً فلا يجب الضمان بالشك انتهى. وللبحث فيه مجال والتدبير في الأصح لأنه في معنى هبة المشاع.

والولد يتبع الأم في الملك، والحرية، والرق، والتدبير، والاستيلاد، والكتابة............

فـــرع

أوصى بما في بطن جاريته لإنسان ومات فأعتق الورثة ما في بطن الجارية جاز إعتاقهم ويضمنون قيمة الولد يوم الولادة، كذا في «الظهيرية» (**والولد**) في حال كونه جنيناً (**يتبع الأم في الملك**) بسائر أسبابه حتى لو ملك الأم بشراء أو هبة ملك حملها أيضاً، (**والحرية**) أي: الأصلية بأن تزوج عبده حرة أصلية فحملت منه، وأما الطارئة فقد مرت ولو قال المولى في الطارئة: ولدته قبل العتق، وقالت: بعده، حكم الحال إن كان الولد في يدها فالقول لها وإن كان في يده فالقول له، كذا في «البدائع» وفي دعوى «الخانية» لو كان في أيديهما فالقول لها أيضاً لأنها تدعي الحرية في أقرب الأوقات ومنه حرية الولد ولو أقاما بينة فبينته أولى انتهى.

ولو كان مكان العتق تدبير فالقول قول المولى مع يمينه على علمه والبينة بينتها (**والرق**) وهو الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته، وهل هو حق الله تعالى أو حق العبد؟ خلاف معروف فأول ما يؤخذ الأسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الإسلام على ما قدمناه في نكاح الرقيق وبذلك تغايراً مفهوماً فإذا أخذت امرأة ومعها ولد تبعها في الرق، وصور العيني المسألة بأن أسر امرأة من دار الحرب وأخرجها ومعها ولد فإنه يملكها وولدها رقيق مثلها (**والتدبير**) بأن دبر حاملاً تدبيراً مطلقاً، أما المقيد فلا يتبعها فيه كما في «الظهيرية» (**والاستيلاد**) بأن زوج أم ولد فحملت تبعها ولدها في حكم أمومية الولد حتى يعتق بموت المولى أيضاً وينبغي أن يقيد هذا بما إذا/ لم يشترط الزوج على المولى حرية [٢٦٥/ ب] الولد (**والكتابة**) بأن كاتب أمته الحامل فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة وزيد على المصنف أن يتبعها أيضاً في حق الاسترداد في البيع الفاسد وفي الدين فيباع مع أمه، وفي الرهن فإذا رهن حاملاً فولدت كان رهناً معها وفي حق الأضحية كذا في «جامع الفصولين» ولا يتبعها في النسب حتى لو تزوج هاشمي أمة غيره فجاءت منه بولد كان هاشمياً تبعاً لأبيه رقيقاً تبعاً لأمه.

تتمة: قال في «الأشباه»: لم أر ما لو حملت أمة كافرة لكافر من كافر فأسلم هل يؤمر مالكها ببيعها لصيرورة الحمل مسلماً بإسلام أبيه؟ قالوا: ينبغي أن يصح الوقف عليه كالوصية بل أولى.

وأقول: مقتضى النظر أنه لا يجبر لأنه قبل الوضع موهوم وبه لا يسقط حق المالك ولذا قال في «الخانية»: لو أوصى بما في بطن جاريته لفلان إن كان في بطنها ولد يوم الوصية بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر يومها جازت الوصية وإن لستة أشهر فالوصية باطلة انتهى.

وولد الأمة من سيدها حرٌّ.

باب العبد يعتق بعضه

من أعتق بعض عبده لم يعتق كله، وسعى فيما بقي، وهو كالمكاتب............

وفي «الظهيرية» قد يكون الولد حراً من زوجين رقيقين بأن كان لحر ولد هو عبد لأجنبي زوجه الأب جاريته برضى مولاه فولدت ولداً كان حراً لأنه ولد ولد المولى، ولما كان هذا الحكم في غير ولد الأمة من السيد قال: (**وولد الأمة من سيدها حر**) قيل: لأنه مخلوق من مائه فعتق عليه والتحقيق أنه علق حراً للقطع بأن إبراهيم ابن النبي ﷺ لم يكن قط إلا حراً لا أنه علق مملوكاً ثم عتق كما يعطيه ظاهر العبارة، وفي «المبسوط» الولد يعلق حراً لأن ماءه وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة والله الموفق.

باب العبد يعتق بعضه

أخره عن الكل إما لأنه من العوارض لقلة وقوعه أو للخلاف أو لأنه تبع للكل أو لأنه دونه في الثواب (**من أعتق بعض عبده**) سواء كان ذلك البعض معيناً كربعك حراً أو لا كبعضك أو شقصك أو جزء منك غير أنه يؤمر بالبيان، ولو قال: سهم منك حر فقياس قول الإمام أن يعتق سدسه كالوصية بالسهم من عبده وقد مر (**لم يعتق كله**) عند الإمام، وقالا: يعتق كله، والخلاف مبني على أن الإعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو منجز وعندهما زوال الرق وهو غير منجز، وأما نفس الإعتاق والعتق فلا خلاف في عدم تجزئه وكفاك حجة للإمام خبر الصحيحين عن ابن عمر أنه ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق العبد عليه وإلا فقد عتق منه ما عتق»[1] (**وسعى فيما بقي**) من قيمته لولائه عنده فإن كان له عمل معروف أخذ من أجره وإن امتنع عن العمل أجره وأخذ ذلك (**وهو كالمكاتب**) في توقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد له عليه والاستخدام وكون الرق فيه كاملاً ولا يلزم إعطاء المشبه حكم المشبه به من كل وجه، ولذا خالف في أنه لو عجز لا يرد إلى الرق والفرق أن معتق البعض زال الملك عنه لا إلى مالك ولزمه المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قهراً، أما المكاتب فعتقه في مقابله التزامه بالبدل بعقد يقبل الإقالة والفسخ بتعجيزه بنفسه ومعتق البعض ليس كذلك ولذا لو جمع بين عبد ومعتق البعض فباعهما صفقة واحدة بطل البيع فيهما بخلاف المكاتب ولو قتله إنسان عمداً لا عن

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب العتق (٢٥٢٢)، ومسلم في العتق (١٥٠١).

وإن أعتق نصيبه، فلشريكه أن يحرر، أو يستسعي، والولاء لهما أو يضمن لو موسراً ويرجع به على العبد، والولاء له...

وفاء لا يقتص من القاتل بخلاف المكاتب لأنه مات رقيقاً لانفساخ الكتابة بموته عاجزاً (**وإن أعتق**) رجل (**نصيبه، فلشريكه**) الخيار إما (**أن يحرر**) أي: يعتق نصيبه منجزاً أو مضافاً وينبغي أنه إذا أضافه أن لا يقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال كما صرحوا به فينبغي أن تضاف إلى مدة الاستسعاء، كذا في «الفتح» (**أو يستسعي**) العبد كما مر (**والولاء لهما**) في الوجهين (**أو يضمن**) المعتق قيمة نصيبه (**لو**) كان (**موسراً**) أي: قادر على قيمته لا غنياً في ظاهر الرواية واستثنى في رواية الحسن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن.

قال في «البحر»: والذي يظهر أن هذا الاستثناء لا بد منه على ظاهر الرواية وقول الشارح ثم المعتبر يسار/ التيسير لا يسار الغنى وهو أن يملك من المال قدر [٢٦٦/أ] نصيب الآخر فاضلاً عما يحتاج إليه من ملبوسه ونفقة عياله وسكناه، ويؤيده وصححه الزاهدي وأراد بنفقة الإعيال قوت يومه كما في «المحيط» ثم القيمة تعتبر يوم الإعتاق حتى لو كان العبد أعمى يومه فانجلى بياض عينه تجب نصف قيمته أعمى، أو كان موسراً فأعسر لم يسقط عنه الضمان بخلاف العكس.

ولو اختلفا في قيمته يومه فإن كان قائماً نظر إليها يوم ظهور العتق حتى إذا لم يتصادقا عليها فيما مضى قوم للحال، ولو تصادقا عليها واختلف في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق ولو في يساره يومه حكم للحال يوم ظهور العتق إلا إذا تصادقا على سبق زمانه في مدة يختلف حاله فيها فالقول قول المعتق (**ويرجع به على العبد، والولاء له**) وهذا قول الإمام.

وقالا: ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار وإن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنعها، زاد في «التحفة» خيار التدبير والكتابة وحذفها المصنف لرجوعها إلى السعاية لأنه لو دبره وجب السعاية للحال ولو كتابه على أكثر من قيمته من النقدين مما لا يتغابن فيه لم يجز لأن الشارع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر ولو على عروض قيمتها أكثر جاز، وأنت خبير بأنهما وإن رجعا إلى معنى السعاية إلا أن للتدبير فائدة أخرى هي أنه لو مات المولى سقطت عنه السعاية إذا كان يخرج من ثلث ماله وللكتابة أيضاً فائدة هي الاستغناء عن تقويمه وقضاء القاضي بها، وأشار المصنف بذكر الخيارات إلى أنه ليس له خيار الترك على حاله لأنه لا سبيل إلى الانتفاع به بعد ثبوت الحرية في جزء منه فلا بد من تخريجه

ولو شهد كل بعتق نصيب صاحبه سعى لهما، ....

إلى العتق كما في «البدائع» وهو الظاهر في أن الشريك يجبر على أن يختار واحداً مما ذكر.

قال في «المبسوط»: وليس له أن يختار التضمين في البعض والاستسعاء في البعض الآخر، وفي «البدائع» إلا إذا كان الساكت جماعة فاختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل منهم ما اختار ولو اختار الاستسعاء امتنع عليه التضمين وكذا عكسه، نعم له الإعتاق ولو مات العبد تعين التضمين في ظاهر الرواية فإذا ضمن وكان للعبد كسب رجع المعتق بما ضمن وليس للساكت أن يأخذ من تركة العبد قيمة نصيبه في قول العامة، وظاهر قول محمد يدل عليه أو المعتق وكان العتق في صحته أخذ بالضمان وإن في مرضه لم يجب في ماله شيء عندهما، وقال محمد: يستوفي القيمة من ماله أو الشريك الساكت فللورثة ما مر من الخيار لكن لبعضهم أن يختار العتق وللبعض أن يختار التضمين في ظاهر الرواية، وروى الحسن أنه ليس لهم ذلك وصححه في «المبسوط» ومعنى العتق في حق الوارث هو الإبراء لا حقيقته لأن المستسعى كالمكاتب عنده ولا تورث رقبته بموت المولى، إنما الموروث بدل الكتابة لكن لهم الإبراء عن السعاية كذا هذا، واعلم أن إثبات هذه الخيارات للشريك مقيد بمن يصح منه الإعتاق حتى لو كان صبياً أو مجنوناً انتظر بلوغه وإفاقته إن لم يكن له ولي أو وصي فإن كان امتنع عليه العتق فقط ولو كان مأذوناً مديوناً كان له التضمين والاستسعاء والولاء لمولاه، وإن لم يكن مديوناً كان له الخيارات الثابتة للمولى وإلا فالأربع والمكاتب كالمأذون المديون.

تنبيه: في أن الاقتصار على هذه الخيارات إيماء إلى أن الساكت لو ملك نصيبه للمعتق ببيع أو هبة لم يجز استحساناً لأنه لم يبق محلاً للتمليك وأما إذا ضمنه الساكت فإنما ملكه بالضمان ضرورة لكن ليس ملكاً مطلقاً، ألا ترى أنه ليس له بيعه بل إما العتق أو الاستسعاء كما لو كان له فأعتق نصفه، والله الموفق.

(**ولو شهد**) أي: أخبر (**كل**) أي: كل واحد من المالكين الآخر (**بعتق نصيب صاحبه**) وكونه (**سعى**) العبد (**لهما**) أي: لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانوا أو معسرين، وكذا إذا كان أحدهما موسراً وعتق عند الإمام لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار العبد بذلك في حكم المكاتب، وأنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من / استرقاقه وله أن يستسعيه إن شاء أو يعتقه فيصدق [٢٦٦/ب] لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً لأنه مكاتبه أو مملوكه ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين

....

لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما . وتقييد المصنف بشهادتهما اتفاقي إذ لو أخبر واحد أو صاحبه أعتق نصيبه وكذبه فالحكم كذلك ولو كانوا ثلاثة فشهد اثنان على الثالث أنه أعتق نصيبه لم يقبل لأنهما يجران إلى أنفسهما مغنماً ولا يعتق نصيب الثالث هذا ولا يضمن لصاحبه وسعي العبد في جميع قيمته كذا في « البدائع » .

وقالا : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته وإن كان الموسر إنما هو أحدهما سعى له فقط لا للمعسر، وإن كانا معسرين سعى لهما وولاؤه موقوف إلا أن يتفقا على إعتاق أحدهما واعترض بأن التضمين لم يتعذر بتقدير التحليف فإنه لما أنكر يحلف فإن أنكر أوجب الضمان، وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه لم يجب الضمان على تقدير الحلف فلا فائدة في التحليف بل يتعين السعاية بلا تحليف لأن المال إليه كذا في « العناية »، ولك أن تقول : من أين علم أن اعتقاد كل منهما ما ذكر فيجوز أن يكون خبره غير مطلق لاعتقاده لا يقال : وضع المسألة فيما لا يؤدي إلى شبهة فإن الشهادة هي الإخبار الذي لا يكون عن مواطأة، قلت : لو سلم أن معناه ما ذكر فالقاضي يحكم بالظاهر كذا في « الحواشي السعدية »، ثم هذا الجواب صريح في أنه لا تحليف في المسألة وحينئذ فلا معنى لقوله في « الكتاب » كاذباً كان أو صادقاً بل يجب أن يحكم بصدق كلٍّ منهما كذا في « الفتح » .

قال في « الحواشي » المذكورة : وفيه بحث لأن الصدق ليس بمطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والإقدام على اليمين بناء على الاعتقاد والمذكور في « شرح الأقطع » و« حواشي الخبازي » وابن الساعاتي في شرح « مجمعه » ثبوت التحليف، قال في « الفتح » : وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلاً يقول : إنَّ صاحبه حلف كاذباً أو اعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معاً أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأنه فيه فائدة إن نكل صار معترفاً أو باذلاً وصارا معترفين فلم يجب على العبد سعاية كما قلنا انتهى .

ولو علق أحدهما عتقه بفعل فلان غداً وعكس الآخر، ومضى، ولم يدر عتق نصفه، وسعى في نصفه لهما،...

فـــرع

قال في «المحيط»: عبد بين اثنين قال أحدهما لصاحبه: بعت منك نصيبي وإن لم أكن بعته منك فهو حر، وقال الآخر: بما اشتريته وإن كنت اشتريته منك فهو حر فالقول لمنكر الشراء مع يمينه فإن حلف وليس للبائع بينة عتق العبد ولا سعاية عليه لمدعي البيع ويسعى للآخر في نصف قيمته على كل حال عند الإمام وكذا عندهما إن كان البائع معسراً وإن كان موسراً لم يسعَ للآخر في رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان سعى لهما عندهم جميعاً إن كانا معسرين وإن موسرين يسعى لمدعي البيع في نصف قيمته فقط.

ورواية أبي حفص أصح والتوجيه فيه فراجعه إن شئت، (**ولو علق أحدهما**) أي: الشريكين (**عتقه بفعل فلان**) أو أمره (**غداً**) أو في وقت والغد مثال بأن قال: إذا دخل فلان الدار غداً فأنت حر، (**وعكس**) الشريك (**الآخر**) بأن قال: إن لم يدخل (**أو مضى**) الغد (**ولم يدر**) أدخل أم لا (**عتق نصفه ويسعى**) العبد (**في نصفه**) أي: نصف قيمته (**لهما**) أي: للشريكين عندهما، وقال محمد: يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول ولهما أنا تيقنا بسقوط السعاية لأن أحدهما حانث بيقين والجهالة ترتفع/ بالشيوع وتوزيعه [٢٦٧/أ] عليهما على قول الإمام كما لا يخفى، ولا فرق على قول الإمام بين كونهما معسرين أو موسرين وعند محمد إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأحد ولو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما لأن الذي يأخذ السعاية أبداً يكون هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته أو من جهة الآخر، وأبو يوسف مع الإمام في المقدار ومع محمد في اعتبار اليسار والإعسار فلو كان أحدهما موسراً فقد سعى في الربع هنا ولو حلف كل بعتق عبده، والمسألة بحالها لم يعتق منهما لأن الجهالة في المقضي له والمقضي عليه متفاحشة وبها يمتنع القضاء وفيما مر المقضي له معلوم وأورد أنه لو كان بينهما عبدان فعلق أحدهما عتقه بفعل فلان غداً وعكس الآخر عتق كل واحد منهما مع جهالة المقضي له وعليه وسعى كل عبد لكل واحد منهما في جميع قيمته عند الإمام فتكون بينهما، وأجيب بأن كل واحد منهما أقر بفساد نصيبه هنا لزعمه أن شريكه هو الحانث بخلاف ما مر فإن كل واحد يزعم

ولو حلف كل واحد بعتق عبده لم يعتق واحد ومن ملك ابنه مع آخر عتق حظه، ولم يضمن، ولشريكه أن يعتق، أو يستسعي وإن اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن لبائعه.....

أن صاحبه هو الحانث فحسب حتى لو تقاضيا عتق عليهما لإقرار كل واحد منهما بحرية عبد الآخر، وفي مسألة «الكتاب» لو اشتراهما إنسان صح وإن كان عالماً بحنث أحد المالكين لأن كلاً منهما يزعم أنه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح وإذا صح واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لأن المقضي عليه معلوم ويؤمر بالبيان وعليه ثمنهما كما في «المحيط» وفيه وإن لم يعلم المشتري بحالهما فالقاضي يحلفهما ولا يجبر على البيان ما لم تقم البينة على ذلك، وأنت خبير بأن التعليل يكون المقضي عليه معلوماً يفيد أنهما لو اجتمعا في ملك أحد الحالفين فالحكم كذلك وقيد بتعدد الحالف لأنه لو كان اتحد بأن قال: عبده حر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال: امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت لأنه باليمين الأولى مقر بوجود شرط الثانية، وبالثانية صار مقراً بوجود شرط الأولى، وقيل لا يعتق ولا تطلق لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدمه قلنا: ذلك في مثل قوله: إن لم تدخلي فعبدي حر بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمله للرد على للرد على المماري في الدخول وعدمه لتحقيق الدخول فيه وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل في الماضي، وكذا إن كان دخل بخلاف إن دخل كذا في «الفتح» وبه عرف الجواب عن قول الشيخ ينبغي أن يفرق بين التعليق بالشرط الكائن وبغير الكائن فيقع في المعلق بالكائن لا بغيره.

(**ولو ملك الأب ابنه**) بشراء أو هبة أو صدقة أو إرث، والمراد من يعتق عليه (**مع آخر عتق حظه**) أي: الأب لأنه ملك قريبه فيعتق عليه بخلاف ما لو اشترى العبد نفسه مع أجنبي لا يصح لوقوع البيع والعتق معاً في زمان واحد (**ولم يضمن**) قيمة نصيب شريكه لو موسراً (**ولشريكه أن يعتق، أو يستسعي**) عند الإمام لأنه رضي بإفساد نصيبه بمشاركته فيما هو علة العتق، ولا فرق في ظاهر الرواية بين أن يعلم أنه ابنه أو لا وقالا: يضمن الأب في غير الإرث لو موسراً قيد بكونه قريبه لأنه لو ملك مستولدته بالنكاح مع آخر ضمن نصف قيمة شريكه ولو بالإرث لأن هذا ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والإعسار وبملكه مع آخر لأنه لو ملك حظه بعد الأجنبي ضمن نصيبه لو موسراً إذ لو حلف أحدهما بعتق عبد إن ملك نصفه فملكه مع آخر كان كمسألة «الكتاب» حكماً وخلافاً، (**وإن اشترى**) الأب (**نصف ابنه ممن يملك**) ابنه (**لا يضمن**) الأب (**لبائعه**) شيئاً لو موسراً عند الإمام لأن البائع شاركه في العلة وهذا

عبد لموسرين دبره واحد، وحرره آخر ضمن الساكت المدبر، والمدبر المعتق ثلثه مدبراً لا ما ضمن..

لأن علة دخول المبيع في ملك المشتري الإيجاب والقبول وقد شاركه فيه وأوجبا عليه الضمان وقد يكون البائع يملك كله لأنه لو اشترى نصفه من أحد الشريكين وهو موسر لزم الضمان عليه إجماعاً ولم يذكر ما لشريكه من الخيار هنا اكتفاء بما مر. (**عبد لموسرين**) فلأنه (**دبره واحد، وحرره**) الشريك (**الآخر**)، والثالث ساكت (**ضمن الساكت المدبر**) بكسر الباء ثلث قيمته قناً وليس له / أن يضمن المعتق. [٢٦٧/ ب]

(و) ضمن (**المدبر المعتق ثلثه مدبراً لا ما ضمن**) ثلثه قناً لأن الضمان ضمان المعاوضة حيث أمكن لا يعدل عنه وهو موجود في تضمين الساكت المدبر بخلاف المعتق فإنه وإن غير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بالعتق حيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية والتضمين، إلا أن ضمانه ضمان إتلاف لأنه لا يمكن ملك هذا المضمون وهذا عند الإمام.

وقالا: العبد كله للمدبر أولاً ويضمن ثلثي قيمته للشريكين موسراً كان أو معدماً، والخلاف مبني على أن التدبير يتجزأ كالإعتاق لأنه شعبة ولا يتجزأ عندهما فاقتصر عنده على نصيبه لكنه أفسد به نصيب الآخر حيث امتنع عليهما البيع ومعناه من الهبة والوصية والأمهار فيثبت لكل منهما الخيارات المتقدمة من العتق وفرعيه التدبير والمكاتبة، وكذا الاستسعاء وتركه على حاله فإذا أعتقه صار بالعتق مسقطاً حقه في الضمان، وغير خاف أن يسار الساكت لا أثر له ولو كان بين اثنين والمسألة بحالها كان للمدبر أن يضمن المعتق ثلثه مدبراً ولو كان العتق أولاً والتدبير ثانياً كان للمدبر أن يستسعيه لاختياره لتدبير ترك الضمان ولو لم يعلم أيهما أولاً أو صدرا معاً كان للمدبر تضمين المعتق ربع القيمة ويرجع بها على العبد أو استسعاء العبد في ذلك وهذا عند الإمام.

وقالا: العتق أولى في الكل فإن كان المعتق موسراً ضمن للمدبر وإلا سعى العبد له في نصيبه كذا في «المحيط»، وقيمة المدبر ثلثا قيمته قناً كما اختاره الشهيد وبه يفتى، وقيل: يسأل أهل الخبرة لو جاز بيع فائت المنفعة أعني البيع كم يبلغ فيما ذكروا هو القيمة واستحسنه في «الفتح» وسكت عن الولاء، قال في «الهداية»: وهو بين المعتق والمدبر أثلاثاً.

قال في «النهاية»: وعليه جرى في «النهاية» و«الغاية» أي: بين عصبة المدبر

ولو قال لشريكه: هي أم ولدك، وأنكر تخدمه يوماً، وتتوقف يوماً.........

إذ لا يثبت للمدبر إلا بعد موت مولاه، ونسبه إلى قاضي خان، قال في «الفتح»: وهو غلط لأن العتق المنجز يوجب إخراجه إلى الحرية بتنجيز أحد الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق وقيد بكون الساكت اختار تضمين المدبر بعد تحرير الآخر لأنه لو ضمنه قبل تحريره ثم حرره كان للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته قناً مع قيمة ثلثه مدبراً لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت.

قال في «الفتح»: وأورد بعض الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبراً لأنه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبراً، ولذا قلنا: إن ثلثي الولاء له لأنه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم إلا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان صار مدبراً بل هو قن على ملكه إذ لا موجب لصيرورته مدبراً لأن ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزأ وذكرهم إياه في وجه كون الولاء له غير محتاج إليه إذ يكفي أنه على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان وإنما لم يكن ولاءه له لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك، (**ولو قال رجل لشريكه: هي أم ولدك، وأنكر**) ولا بينة فهي (**تخدمه يوماً وتتوقف يوماً**) أي: المنكر لا للمقر لأنه يتبرأ منها ويدعي الضمان على شريكه وهذا عند أبي حنيفة وهو قول الثاني آخراً كما في «الأصل»، لأنها إن كانت أم ولده كان له استخدامها وإن كانت قنة كان له استخدام النصف فكان النصف ثابتاً بيقين. وقال محمد: ليس للمنكر إلا الاستسعاء في نصف قيمتها وفي «المختلف» في باب محمد نفقتها في كسبها فإن لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر وهذا بقول الإمام أليق ونسبه العيني إليه.

قال في «الفتح»: وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلاً لأنه لا خدمة له عليها ولا احتباس وعلى قول محمد فالجناية عليها موقوفة في نصيب المقر دون المنكر فيأخذ نصف الأرش، وأما جنايتها فقيل هي كذلك والصحيح أنها موقوفة في حقها لأنه تقرر إيجابها في نصيب المنكر عليه بعجزه عن دفعها لها من غير صنع منه فلا يلزمه الفدية فوجب التوقف في نصيبه ضرورة كالمقر بخلاف الجناية عليها لأنه أمكن وقع نصف الأرش إلى المنكر كذا في «المحيط»، ولو مات المنكر قبل تصديقه تعتق بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها لأنه عند موت الشريك كأنه قال أعتقت/ الجارية من جهة شريكي [١/٢٦٨] نصيبه فإنه إن لم يتمكن من نصيبه إذا كان موسراً وهو ينكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكناً من إفساده اعتبر إقراره بفساده لم يسعَ العبد في تمام قيمته بينهما عند الإمام موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسر والآخر معسر وعندهما كذلك

وما لأم ولد تقوم، فلا يضمن أحد الشريكين بإعتاقها ....

إذا كان المقر عليه معسراً فإن كان موسراً سعى له ولم يسع للمقر وجه قول محمد إنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقراره عليه فصار كأنه هو استولدها، ووجه قولهما أن استحقاق المنكر نصف قيمتها فأبت بيقين ولا نسلم انقلاب الإقرار لأن الإقرار بأمومية الولد إقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد حكماً، نعم يؤاخذ بإقراره فيمتنع استسعاؤه واستخدامه ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى على ما كان عليه.

(**وما لأم ولد تقوم**) أي: قيمة هذا شطر بيت من المنظومة، وهذا عند الإمام، وقالا: لها القيمة وهي ثلث قيمتها قنة، وبه قال الجمهور لأنه ينتفع بها وطئاً وإجارة واستخداماً ويملك كسبها وهو آية التقوم ويدل على ذلك أيضاً أن ولد أم النصراني إذا أسلمت سعت له، وله أن التقوم إنما يثبت بالإحراز على وجه التمول ولما استولدها تحولت صفتها إلى ملك مجرد فصارت محرزة للنسب لا للتمول وما ذكر أن جواز الانتفاع إلى آخره إنما هي لوازم الملك ولا كلام فيه إنما الكلام في تقوم المالكية وقد علمت انتفاؤه ولا نسلم أن السعاية في أم ولد النصراني إذا أسلمت للتقوم بل لضرورة، وذلك أنه لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة ولا إخراجها عن ملكه الصحيح مجاناً فأنزلت مكاتبة عليه على قيمتها ولا تفتقر الكتابة إلى التقويم أو أنهم يدينون ذلك (**فلا يضمن أحد الشريكين**) نصف قيمتها (**بإعتاقها**) تفريع على ما مهده به يظهر أثر الخلاف هي لو كان بينهما أمة ادعى كل منهما أنها أم ولد له فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند الإمام، وهي قول الجمهور، وعندهما يضمن إن كان معسراً قيد بأم الولد لأن المدبر مقوم اتفاقاً ولذا يسعى في قيمته لو لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة بالدين مستغرقة، بخلاف أم الولد لا تسعى ولو استغرقت التركة أو لم تخرج من الثلث لأن ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في التعليقات لضرورة هي أن تأخره يوجب بطلانه لأن ما بعد الموت زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الأصل يعني فيتأخر سببية السقوط التقوم إلى ما بعد الموت، ومن فوائد الخلاف أنها لو ولدت ولداً فادعاه أحدهما ثبت نسبه ولا شيء عليه لشريكه ولا سعاية على الولد عنده لأن ولد أم الولد كأمه وعندهما يضمن نصف قيمته إن كان موسراً ويسعى الولد في نصف قيمته إن كان معسراً كذا في «النهاية»، وعليه جرى في «العناية» وغيرها ونظر فيه الشارح بأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق فلم يعلق شيء منه على ملك

له أعبد قال لاثنين: أحدكما حر، فخرج واحد ودخل آخر، وكرر ومات بلا بيان عتق ثلاثة أرباع الثابت ونصف كل من الآخرين..

الشريك وهكذا ذكر صاحب «الهداية» في الاستيلاد في القنة فضلاً عن أم الولد، فكيف يتصور أن يكون سقوط الضمان لأجل أنه كأمة عنده؟ وعندهما يضمن وهو حر الأصل ولو كان مكان الدعوى إعتاق لاستقام.

وأجاب في «البحر» بالفرق بينهما وذلك أن الاستناد في القنة ممكن لقبولها النقل من ملك إلى ملك ولا يمكن في أم الولد لعدم قبولها إياه فكان في نصيبه كالأجنبي وولد أم الولد من الأجنبي كأمه، ومنها أن المشتراة لو جاءت بولد عند المشتري لأقل من ستة أشهر وماتت فادعى البائع أنه ابنه ثبت نسبه منه ورد الثمن كله عنده، وعندهما يرد حصة الولد فقط، ومنها أنها لا تضمن بالغصب عنده لو ماتت خلافاً لهما وإنما ضمن أم الولد اتفاقاً فيما إذا قربها لمسبعة فافترسها سبع فماتت لأن هذا ضمان جناية لا غصب.

(**له أعبد فقال**) المولى: (**لاثنين**) منهم (**أحدكما حر فدخل واحد وخرج آخر، وكرر**) قوله أحدهما حر (**ومات**) المولى (**بلا بيان**) لمن عناه بالعتق أولاً وثانياً (**عتق ثلاثة أرباع الثابت**) وهو من أعيد عليه القول (و) عتق أيضاً (**نصف كل من الأخيرين**) وهما الداخل والخارج/، أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت [٢٦٨/ب] فأوجب عتق رقبة بينهما فيصيب كل منهما النصف إذ لا يرجح، وكذا الإيجاب الثاني بينه وبين الداخل غير أن نصف الثابت شاع في نصفيه فما أصاب منه العتق الأول لغا وما أصاب الفارغ من العتق عتق فتم له ثلاثة الأرباع ولا معارض لنصف الداخل فعتق نصفه عندهما.

وقال محمد: يعتق ربعه لأنه إذا أريد بالإيجاب الأول الخارج صح الثاني وإن أريد الثابت بطل، فدار بين أن يوجب أو لا فيتنصف فيعتق نصف رقبة بينهما، واستشكل قول الثاني بعتق النصف وقوله مع محمد بعتق ثلاثة الأرباع مع قولهما بعدم تجزيء العتق، وأجيب بأن عدم التجزيء إنما هو إذا صادف محلاً معلوماً أما إذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الأحوال فلا؛ لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وهي لا تتعدى موضعها ورده بعض الطلبة بمنع الضرورة للانقسام لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقر بالرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن أن يعول بعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة غير أنهم يسعون وهم عبيد وعندهما يسعون وهم أحرار والحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجاناً لا أن يعتق

ولو في المرض قسم الثلث على هذا والبيع، والموت، ....

بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي إلى أداء السعاية ورد عليه بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قوله أحدكم حر عتق الاثنين وهو باطل وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل عتق رقبة شائعة، وإنما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه كذا في «الفتح» قيد بكونه مات بلا بيان بأن لم يخاصمه العبد فيه لأنه لو بين شيئاً عمل به وسيأتي أو خاصمه أجبر عليه فإن بين الإيجاب الأول في الثابت بطل الثاني، وإن بينه في الخارج أمر ببيان الثاني، ولو بدأ به وبينه في الداخل طولب ببيان الأول فإن بينه في الثابت والخارج عمل به ولو قال عنيت بالثاني الثابت عتق وتعين الخارج بالإيجاب الأول.

(**ولو**) كان هذا القول (**في المرض**) وقد ضاق الثلث عنهم ولم يكن له مال غيرهم أو كان ولم تجز الورثة (**قسم الثلث**) بينهم (**على هذا**) النمط السابق وذلك أنا نجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لاحتياجنا إلى ثلاثة أرباع فيعتق من الثابت ثلاثة من أربعة ومن الآخرين من كل واحد سهمان فمبلغ السهام سبعة خارجة من الثلث وكل المال هو الأعبد الثلاثة فيكون كل منهم وهو ثلث المال سبعة أسهم فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت إلى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع، وأما على قول محمد فإنما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدساً على هذا تكون سهام العتق ستة وكل المال ثمانية عشر فيجعل كل عبد عن ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلثه فكان المعتق على قوله نصفه ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة ومن الداخل سهم وهو سدسه ويسعى في خمسة (**والبيع**) أي: بيع عبد معين منهما سواء كان صحيحاً أو فاسداً معه قبض أو لا مطلقاً أو بشرط الخيار وظاهر أنه لو باعهما معاً لم يكن بياناً لبطلان البيع لأن أحدهما حر بيقين والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن الثاني، وكذا المساومة وأشار به إلى كل تصرف لا يصح إلا في الملك كالهبة والصدقة والرهن والإجارة والإيصاء والتزويج وما في «الهداية» من اشتراط التسليم في الهبة والصدقة فاتفاقي كذا في «الكافي».

(**والموت**) أي: موت أحدهما ولو بالقتل من المولى أو من أجنبي، وإذا أخذ المولى القيمة منه فبين العتق في المقتول عتقا وكانت لورثته وينبغي أن يكون قتل

والتحرير، والتدبير بيان في العتق المبهم لا الوطء وهو، والموت بيان في الطلاق المبهم،

العبد نفسه كذلك واحترز به عن قطع اليد فإنه لا يكون بياناً غير أن المولى إن / بين [٢٦٩/أ] العتق فيه فالأرش له فيما ذكر القدوري، وقال الإسبيجابي للمجني عليه.

(**والتحرير**) أي: إنشاؤه حتى لو ادعى أنه عنى بقوله أعتقتك ما لزمه بقوله أحدكما جر صدق قضاء ولم يقل شيئاً عتقا وإطلاقه يعم المنجز والمعلق كقوله لأحدهما إن دخلت الدار فأنت حر وبه يعتق الآخر (و) إطلاق (**التدبير**) يدخل المقيد أيضاً لأن فيه تعليق العتق ولم يذكر الاستيلاد مع أنه كذلك لأنه مفهوم بالأولى إذ هو فوق التدبير والكتابة كالتدبير (**بيان في العتق المبهم**) ولو معلقاً بأن قال لأحد عبديه: إذا جاء غد فأحدكما حر فمات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بإزالة الملك ثم جاء الغد عتق الباقي لخروج الميت ومن تصرف فيه عن محلية العتق فتعين الآخر وفرقوا في المعلق بين البيان الحكمي والصريح، فإن الحكمي قد علمت أنه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فإنه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لأنه اختيار قبل وقته كما لو قال: إنه أنت حر إن دخلت هذه الدار وهذه الدار ثم عين إحداهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع إحداهما أو كليهما ثم اشتراهما ثم جاء الغد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان.

وفي «الاختيار» لو قال: أحدهما حر فقيل: أيهما نويت؟ فقال: لم أعن هذا عتق الآخر فإن قال بعد ذلك: لم أعن به عتق الأول أيضاً، وكذلك طلاق إحدى المرأتين بخلاف ما لو قال: لأحد هذين علي ألف فقيل له: هو هذا؟ فقال: لا، لا يجب للآخر شيء، والفرق أن التعيين في الطلاق والعتاق واجب عليه فإذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر إقامة للواجب، أما الإقرار فلا يجب عليه البيان فيه لأن الإقرار بالمجهول لا يلزم حتى لا يجبر عليه فلم يكن نفي أحدهما تعييناً للآخر (**لا الوطء**) أي: لا يكون الوطء بياناً، وكذا الدواعي من اللمس والتقبيل والنظر إلى فرجها بشهوة عند الإمام وقالا: يكون الوطء ودواعيه بياناً لأنه لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان مستثنياً الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق وفي «الهداية» ولا يفتى بقول الإمام ولا خلاف أن الاستخدام ولو كرهاً لا يكون بياناً وأنه في التدبير المبهم ليس بياناً أيضاً، (**وهو**) أي: الوطء (**والموت بيان في الطلاق المبهم**) حتى تطلق التي لم يطأها والحية ولا بد أن يكون الطلاق بائناً فلو كان رجعياً لا يكون بياناً نص عليه في «النوادر» وهل يثبت البيان فيه بالمقدمات؟ ففي «الزيادات» لا يثبت، وقال الكرخي: التقبيل كالوطء

ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه ذكراً فأنت حرة، فولدت ذكراً، وأنثى، ولم يدر الأول رق الذكر، وعتق نصف الأم، والأنثى...........................

(ولو) طلق إحداهما ينبغي أن لا يكون بياناً، كذا في «البحر». **(قال)** لأمته: **(إن كان أول ولد تلدينه ذكر فأنت حرة فولدت ذكراً وأنثى ولم يدر الأول)** منهما **(رق الذكر)** على كل حال **(وعتق نصف الأم والأنثى)** ويسعى كل منهما في نصف قيمته لأنهما بتقدير ولادة الغلام أولاً يعتقان بتقدير ولادة الجارية أولاً فيعتق نصف كل منهما والذكر رقيق على كل حال لأن ولادته شرط لحرية الأم فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها وهكذا ذكر في «الجامع الصغير» من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد في «الكيسانيات» في هذه المسألة أنه يحكم بعتق واحد منهم وفي «النهاية» عن «المبسوط» ذكر محمد هذا ليس جواب هذا الفصل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله أنها ولدت الغلام أولاً فإن نكل كان مقراً وإن حلف كانوا أرقاء، وأما جواب الكتاب ففيما إذا قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة وإن كانت جارية فهي حرة، فولدتهما ولم يدر الأول رق الغلام والأنثى حرة وعتق نصف الأمة.

قال في «النهاية»: وما في «الكيسانيات» هو الصحيح لأن الشرط الذي لم يتيقن وجوده وهو ما كان في طرف واحد القول فيه قول من ينكر وجود اليمين كقوله لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا؛ لا يعتق لوقوع الشك مذكوراً في طرف الوجود والعدم وأحدهما موجود لا محالة فيحتاج إلى اعتبار الأحوال كما في مسألة «الكيسانيات» انتهى. ورده في «فتح القدير» بمنع كون ما ذكر جواب مسألة «الكتاب» لأنه في هذه الصورة يعتق جميع الجارية ونصف الأم وجواب مسألة «الكتاب» عتق نصفهما فإن قلت: المفروض/ [٢٦٩/ب] في مسألة «الكتاب» تصادقهم على عدم علم المتقدم كيف ولا دعوى ولا منازع؟ قلت: محمول على الدعوى من أجنبي حسبة إلا أن تعليله في «المبسوط» بأن الأم تدعي العتق وهو ينكر فقيل: إن ذلك في صورة دعوى الأم وهي غير ما في «الكتاب»، وحقيقة ما مر من الترجيح إبطال قولهما مع أنهما لم ترد عنهما رواية شاذة بخلاف ذلك واستدلاله بأن الشرط الكائن حينئذ فينظر فيه بأن ذلك الشرط الظاهر لا الخفي والولادة يمكن أن يكون من الأمور الخفية فيوجب الشك فيها اعتبار الأحوال انتهى.

وفي «الغاية» قال: هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل، يريد به الجواب بطريق التوزيع على الأحوال انتهى. وهذا كما ترى يصلح جواباً عن الرد الأول بل هو متعين إذ كيف يتوهم أن جواب مسألة الجواب ما ذكر وهذا مخالف في حكم

ولو شهدا أنه حرر أحد عبديه، أو أمتيه لغت إلا أن تكون في وصية،................

الجارية ظاهراً وكون الولادة يمكن أن تكون من الأمور الخفية رده في «البحر» بأن الخفية ما لا يمكن الاطلاع عليها والولادة مما يمكن الاطلاع ولا يخفى أنه ليس المراد بالولادة مطلقها بل التي الكلام فيها وهو كون الغلام أولاً وهذا مع ولادتها أيهما في حمل واحد مما يخفى غالباً وأقرب الأمور عندي ما مال إليه الطحاوي من أن محمداً كان معهما أولاً ثم رجع، يعني فما في «الجامع» قولهما وما في «الكيسانيات»[1] قوله المرجوع إليه قيد بقوله ولم يدر الأول فإن تصادقا على ذلك لأنهما لو اتفقا على أن الغلام أولاً عتقت الأم والجارية أو أنه كان ثانياً لم يعتق أحد ولو ادعت الأم أن الغلام أولاً وأنكر والجارية صغيرة حلف المولى على العلم فإن نكل عتقت الأم والبنت وإلا لم يعتق أحد ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع ونكل عتقت الأم فقط ولو ادعت البنت دون الأم عتقت فقط إذا نكل فهذه وجوه ستة ولو أقامت البنت الكبيرة أو الأم بينة على أولية الغلام ينبغي أنهما يعتقان.

فائدة: كيسان من الرجال وإليه ينسب أبو عمرو سليمان بن شعيب الكيساني وهو من أصحاب محمد ومنه قولهم: ذكر محمد في «الكيسانيات» أو في «إملاء الكيساني» كذا في «المغرب»، (**ولو شهدا أنه حرر أحد عبديه أو**) أنه حرر إحدى (**أمتيه لغت**) شهادتهما عند الإمام وقالا: تقبل، والخلاف مبني على أن العتق من حقوق العباد عنده فتوقفت الشهادة على دعوى العبد لا فرق في ذلك بين الحرية الطارئة والأصلية في الأصح ولا تحقق لها من المملوك فلم تطابق الدعوى الشهادة فلغت، ومن حقوق الله تعالى عندهما فلم تتوقف وعتق الأمة وإن لم يتوقف على الدعوى إجماعاً لما فيه من تحريم فرجها على المولى وهو خالص حقه تعالى فأشبه الطلاق إلا أن العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما مر فانتفى المسقط فيه وصار كالشهادة على عتق أحد العبدين، وأورد لو كانت العلة في سقوطها تحريم الفرج لاشترطت في عتق المجوسية وأخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي ولاكتفى بشهادة الواحد فإنه حجة في الأمر الديني وأجيب بأنه يثبت بالشهادة بعتقهما نوع آخر من التحريم فإن وطء المجوسية والأخت رضاعاً ليس بزنى حتى لا يلزمه الحد بوطئهما قبل العتق وبعده يلزمه، والرجعي ينعقد سبباً للحرية لأنها تحرم به عند انقضاء العدة، وخبر الواحد حجة في الأمر الديني إذا لم تقع

---

(١) هي مسائل رواها سليمان بن شعيب الكيساني عن الإمام محمد بن الحسن. اهـ. كشف الظنون (١٥٢٥/٢).

أو طلاق مبهم.

الحاجة إلى التزام المذكور وهنا وقعت (**إلا أن تكون**) الشهادة (**في وصية**) استثناء متصل يعني لغت الشهادة في كل الأحوال إلا في هاتين الحالتين، وما في «البحر» من أنه منقطع ففيه نظر لا يخفى بأن شهدا أنه أعتق أحد عبيده في مرض موته أو دبر أحدهما ولو في صحته (**أو طلاق مبهم**) بأن شهدا أنه طلق أحد نسائه فتجوز الشهادة إجماعاً، والقياس في الأول عدم قبولها لأن المقضي له مجهول وللاستحسان وجهان:

أحدهما: أن العتق في المرض والتدبير مطلقاً وصية والخصم فيها إنما هو الموصي لأنها حقه فكان مدعياً تقديراً وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث، والثاني: أن العتق بالموت يشيع فيها ولذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد خصماً متعيناً.

[٢٧٠/أ] قال صدر الشريعة: والأول مشكل لأن المتنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير/ أحدهما والعبدان يريدان إثباته، فكيف يقال: إن المدعي هو المولى أو نائبه؟ وأجاب في «الحواشي السعدية»: بأن المولى وإن كان منكراً صورة إلا أنه نزل مدعياً معنى لأن نفع العتق يعود إليه وهو معلوم وعنه الخلف وهو الوصي أو الوارث فنزل الوارث أو الوصي مدعياً للعتق خلفاً عن الميت فقبلت الشهادة وفي «فتح القدير» ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على طبق دعواه، ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن تكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه يعني الوصي إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصي منكراً، فقيل: فيشكل ما لو كان كل من الوارث والوصي منكراً إذ لا تبطل البينة لكونها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفاً ولا مخلص إلا اعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً، والوجه الثاني يقتضي أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية إن أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت وهو الذي صححه فخر الإسلام، وتبعه المصنف في «الكافي»، لجواز أن يكون الحكم معللاً بعلتين فيتعدى بأحدهما ولقائل أن يقول: شيوع العتق الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين متوقفاً على ثبوت قوله أحدكما ولا يثبت له إلا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفاً على ثبوت الشهادة، فلو أثبت الشهادة بصحة خصومتهما وهي متوقفة على ثبوت العتق فيها شائعاً لزم الدور، وإن لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان انتهى.

قال في «البحر»: وهذا من العجب العجاب لأن صحة كونهما مدعيين لا

باب الحلف بالدخول

ومن قال: إن دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذٍ حر عتق ما يملك بعده به.........

يتوقف على الثبوت إذ يلزم مثله في كل دعوى بل يقال: صحة كونه مدعياً متوقفة على ثبوت قوله وثبوت قوله متوقف على ثبوت الدعوى الصحيحة وإنما صحته متوقفة على كون المدعي معلوماً مع بقية الشرائط.

وأقول: لزوم مثله في كل دعوى ممنوع إذ الكلام في ثبوت صحة الدعوى عليه وهو كون المدعي خصماً معلوماً كما اعترف به وهو موقوف على الشهادة ولا وجود لهذا المعنى في كل دعوى، نعم يمكن أن يقال: لا نسلم توقف الشيوع على ثبوت قوله أحدكما بل على صدوره منه فإذا ادعياه أو أحدهما فقد ادعى كل واحد أنه أعتق نصفه فإذا برهن على ذلك قبل برهانه والله الموفق للصواب.

باب الحلف بالدخول

أي: الحلف بالعتق متعلقاً بالدخول وهو بفتح الحاء وكسر اللام، مصدر حلف سماعي القسم وجاء فيه سكون اللام أيضاً وبكسرها مع سكون لام العهد، ولو قال: كغيره بالعتق لكان أوضح ولما كان التعليق مؤخراً في السبب أخره وذكر التعليق بالولادة في معتق البعض لبيان أنه يعتق منه البعض عند عدم العلم، (**ومن قال: إن دخلت الدار فكل مملوك لي**) أملكه (**يومئذ حر عتق ما يملك بعده**) أي: بعد الحلف سواء كان في ملكه أو تجرد ملكه له (**به**) أي: الدخول لأن التنوين عوض عن الجملة المضاف إليها فقط إذ التقدير إن دخلت ولفظ اليوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول وهذا في الحقيقة إضافة عتق المملوك يوم الدخول إلى يوم الدخول، والمملوك لا يكون إلا بملك فصار كأنه قال: إن ملكت مملوكاً وقت الدخول فهو حر ويصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاء الدخول فكان إضافة العتق إلى الملك الموجود عند الدخول معنى والمراد باليوم هنا مطلق الوقت لأنه أضيف إلى ما لا يمتد حتى لو دخل ليلاً عتق.

وفي «البدائع» لو قال: كل مملوك أشتريه إذا دخلت الدار فهو حر فهذا على ما اشترى بعد الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك إلا أن يعينه، ولو قال: كل مملوك أملكه اليوم أو هذا/ الشهر أو هذه السنة وله مملوك فاستفاد في [٢٧٠/ ب] الوقت الذي عينه آخر عتق ما استفاده أيضاً، ولو نوى أحد الصنفين لم يقبل قوله

ولو لم يقل يومئذٍ لا والمملوك لا يتناول الحمل كل مملوك لي، أو أملكه فهو حر بعد غد أو بعد موتي يتناول من ملكه منذ حلف فقط،.........

قضاء ويقبل ديانة (**ولو لم يقل يومئذ لا**) أي: لا يعتق ما ملكه بعد اليمين بل يقتصر على المملوك وقت التكلم لأن المجاز في الوصف كاسم المفعول وهو مملوك إن معناه قائم حال التكلم ثم نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه، واللام للاختصاص جرت معنى متعلقها إليه وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال فلو لم يكن في ملكه شيء يوم حلف كان اليمين لغواً، لا فرق بين كون التعليق بإن أو إذا ما أو متى ولا بين كونه منجزاً أو معلقاً قدم الشرط وأخره، (و) لفظ (**المملوك لا يتناول الحمل**) لأن المطلق منه إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال، والحمل مملوك تبعاً لأنه كعضو من أعضائها ولذا لم يجزئ عن الكفارة ولم تجز صدقة فطره ولا يجوز بيعه منفرداً حتى لو قال: كل مملوك لي حر وله حمل أوصى له به دون أمه أو قال: (**كل مملوك لي**) ذكر فهو حر وله جارية حامل ولدت ذكراً لأقل من ستة أشهر، أو قال: إن اشتريت مملوكين فهما حران، أو قال للحامل: كل مملوك غيرك فهو حر لم يعتق الحمل في هذه المسائل ولا الأم.

قال في «البحر»: وقيدنا بالصور الأربع لأنه لو قال: كل مملوك لي حر وله جارية حامل فإن الجارية تدخل قيد حل الحمل تبعاً لها، وأنت خبير بأن هذا لا يرد على إطلاق المصنف بعد أن الحمل إنما عتق تبعاً لا يتناول اللفظ، قيد بالحمل، لأنه يتناول المرهون والمأذون والمديون والمؤجر من العبيد وأمهات الأولاد وأولادهم ولا يدخل المكاتب ولا العبد المشترك ولا عبد التاجر كالجنين إلا بالبينة، وقال الثاني: يعتق بها وعند الثالث بدونها، وفي «المحيط» المشترك لا يدخل تحت قوله: إن ملكت مملوكاً فهو حر إلا إذا ملك النصف الآخر بعده، ولو نوى الذكور فقط لم يصدق قضاء وإن صدق ديانة.

قال في «الذخيرة»: وفي مماليكي كلهم أحرار إذا نوى الرجال فقط لا يصدق ديانة، وفرق في «الفتح» بأن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكي لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالباً والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فإن الثابت فيه أصل العموم فقط فقيل: التخصيص كل مملوك لي (أو) قال: (**أملكه حر بعد غد**) ظرف لأملكه أو قال: كل مملوك لي (أو) أملكه حر (**بعد موتي تناول من ملكه منذ حلف فقط**) دون من ملكه بعد اليمين لأن الوصي للحال كما مر وكذا المضارع فيعتق بعد غد من كان في ملكه وقت اليمين ويكون مدبراً في

وبموته عتق من ملك بعده من ثلثه أيضاً.

باب العتق على جعل

الحال من ملكه في ذاك الوقت ولا يعتق ولا يصير مدبراً من ملكه بعد اليمين قيد بجعله ظرفاً للحر لأنه لو جعل ظرفاً للملك كما إذا قال: مملوك أملكه غداً فهو حر ولايته له عتق في غد ومن كان في ملكه قبل كذا في «البدائع» وقصره الثاني على الأول وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وعلى هذا الخلاف إذا قال: كل مملوك أملكه كذا رأس الشهر وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ومن الغد إلى الليل، ولو قال: كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر فهذا على ما ملكه في قولهم (**وبموته عتق من ملك**) الولي (**بعده**) أي: بعد اليمين (**من ثلثه أيضاً**) عندهما فإن خرج من الثلث فلا كلام وإلا ضرب كل بقيمته فيه ولو كانت التركة بالدين مستغرقة وجبت السعاية، ولا يخفى أن من كان في ملكه يوم حلفه مدبر مطلق وما ملكه بعد مقيد، هذا هو ظاهر مذاهب الكل، وعن الثاني لا يعتق ما استفاده بعده لأن اللفظ حقيقة للحال كما سبق فلا يعتبر به ما سيملكه، ولهما أن هذا أي: مجموع التركيب إيجاب عتق وأيضاً إيصاء بقوله بعد موتي، ولذا اعتبر من الثلث فمن حيث الجهة الأولى يتناول المملوك حتى صار مدبراً مطلقاً، ومن حيث الجهة الثانية يتناول المستفاد لما استقر من أن الوصية يعتبر فيها كل من الجهتين، ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال الأولاد فلان ما يستفيده ومن تولد له بعدها فيصير كأنه قال عند الموت كل مملوك أملكه فهو حر.

تكميل: فيه بعض مسائل/ التعاليق: إن بعتك فأنت حر، فباعه لم يعتق أيضاً. [٢٧١/أ]

ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق إلا نصفه ويبقى في قيمة نصفه الثاني عند الإمام، وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو باع النصف الأول ثم اشترى الثاني ودخل الدار لم يعتق منه شيء، إن دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق، ولو قال: إن كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لأنه في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا واحد بخلاف الأول، ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما فإن جحد جازت وكذا إن ادعاه عند محمد، وأبطلها أبو يوسف كذا في «فتح القدير».

باب العتق على جعل

أخره لأنه خلاف الأصل، والجُعل بضم الجيم، ما جعل للإنسان من شيء على شيء يجعله، وكذا الجعالة بالكسر كذا في «العناية» وقد تبع الجوهري في تخصيص

حرّر عبده على مال فقبل عتق، ....

الكسر والمذكور في «ديوان الأدب» وغيره الفتح ففيه وجهان وفي «المغرب» الجعل جمع جعيلة أو جعالة بالحركات بمعنى الجعل، والمراد هنا المال المجهول شرطاً لعتقه (**حرر عبده على مال**) كحررتك على ألف، أو بألف أو على أن تعطيني أو تؤدي إلي ألفاً ونحو ذلك، أو بعت لك نفسك أو وهبتها منك على أن تعوضني كذا، والمال يعم الحيوان ولو بغير عينه، والعروض إذا علم جنسها ويلزمه الوسط والطعام والمكيل والموزون، ويجبر المولى على قبول القيمة وإن لم يعلم كثوب وحيوان عتق بالقبول ولزمه قيمة حجة وسط، لو قال له: أنت حر على أن تحج عني فلم يحج، ولو قال: صم عني يوماً أو صل عني ركعتين وأنت حر لا يعتق، والفرق أن الحج مما تجري فيه النيابة بخلاف غيره، وعلى هذا فينبغي أنه لو قال: أعتقتك على أن تكفر عن ظهاري أنه لو أعتق أو كسى عتق ولم أره ولو استحق العوض فإن كان بغير عينه فعلى العبد مثله في المثل، وقد علمت أن القيمة مخلص والوسط القيمي وإن كان معيباً رجع بقيمة العبد عندهما وقال محمد بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف لو أعتق الذمي عبده على خمر فأسلم قبل قبضه كما في «المحيط».

ولو اختلفا في جنس المال أو مقداره فالقول للعبد مع يمينه كما لو أنكر أصله، والبينة للمولى لأن الاختلاف إنما هو في الدين الواجب عليه لما أنه عتق بالقبول، ولو كان العتق معلقاً بالأداء كما سيأتي انعكس الحكم لأن الاختلاف فيما يقع به العتق، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد (**فقبل**) العبد ذلك في مجلسه إن كان حاضراً أو في مجلس علمه إن كان غائباً شرط القبول لأنه معاوضة من جانبه، ولذا ملك الرجوع لو ابتدأ وبطل بقيامه قبل قبول المولى وبقيام المولى وإن كان تعليقاً من جانب المولى ولذا لم يصح رجوعه عنه ولم يبطل بقيامه عن المجلس، ولا بد أن يقبل في الكل حتى لو قبل في النصف لم يجز عند الإمام لما فيه من الإضرار بالمولى، وقالا: يجوز ويعتق كله بالألف بناء على تجزؤ الإعتاق وعدمه ولا خلاف أن ما لا يتجزأ كالطلاق والدم يكون النصف فيه قبولاً في الكل قيد بكون العبد معيناً لأنه لو قال: أحدكما حر على الألف والآخر بغير شيء عتقا مجاناً ويكون الكل له لأنه لو كان له النصف فقط فقال له: أنت حر على ألف عتق نصفه بنصفها، فإن أجاز الآخر كانت بينهما عند الإمام.

ولو قال: أعتقت نصيبي بألف فقبل لزمه كذا في «المحيط» (**عتق**) لأن هذا كما قد علمت معاوضة من جانبه ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول

ولو علق عتقه بأدائه صار مأذوناً وعتق بالتخلية،.........

المعوض في الحال كما في البيع وهذا لأن ثبوت ملك المولى في العوض يستلزم زوال ملكه في العوض وإلا اجتمع العوضان في ملكه (**ولو علق**) المولى (**عتقه بأدائه**) المال بأن قال: إن أو متى أديت إلي ألفاً فأنت حر، (**صار**) العبد (**مأذوناً**) له في التجارة ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا التعليق واستقفائه به آثاره من العتق عند الأداء وذلك يقتضي أن يتمكن شرعاً من الاكتساب بالتجارة لا التكري لأنه خسة يلحق المولى عارها، مع أنه لو اكتسب مدة وأدى عتق (**وعتق بالتخلية**) بين المال والمولى بحيث لو مد يده إليه أخذ لأنه نزل قابضاً جبراً عليه وهذا هو معنى الإجبار / [٢٧١/ ب] على القبض في سائر الحقوق ولو أدى البعض أجبر على قبوله في رواية «الزيادات» لأن الذي أتى به بعض الجملة، فإذا ثبت الإجبار في الكل ثبت في البعض لكنه لم يعتق إلا بأداء الكل وفي «مبسوط» شيخ الإسلام أنه لا يجبر قيل: الأول استحسان والثاني قياس كذا في «العناية».

وفي «المحيط»: لو قال لأجنبي: إذا أديت إلي ألفاً فعبدي حر، فخلى بينه وبين المولى لا يعتق ما لا يقبض ويتقيد في إن أديت إلي ألفاً بأدائه في المجلس قبل الإعراض، ولو قال: إذا أو متى أديت يعتق بالأداء ولو في غير المجلس، ثم المسألة مقيدة بأن يكون العرض معلوماً فلو قال: على دراهم لم يجبر على القبول لأن مثل هذه الجهالة لا تكون في المعاوضة، كذا في «الشرح» وكذا لو قال على ثوب أو دابة ولو أتى به وسطاً أو جيداً لأن مجهول الجنس لا يصلح عوضاً وأن يكون صحيحاً فلو قال: على كذا من الخمر لم يجبر أيضاً وإن كان يعتق بقبوله، والقياس أن لا يجبر كما قال زفر لأن تعليق العتق يمين ولا إجبار على مباشرة شروط الأيمان.

قلنا: هو تعليق لفظاً معاوضة معنى إذ المقصود إنما هو حثه على دفع المال لينال الحرية والسيد المال عوضاً عنه، وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق العوض شرعاً فلزم اعتباره معاوضة وإذا قد ثبت له جهتا التعليق والمعارضة وجب توفير مقتضى كل ما عليه، وعلى هذا تخريج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقاً وبعضه يقتضي اعتباره معاوضة غير أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت القضاء كانت أحكام الشرط أكثر ولم يثبت من أحكام المعاوضة إلا ما هو بعد الأداء وهو ما لو وجد بعض المؤدى زيوفاً كان له أن يرجع بقدره جياداً وما لو كان من ضرورياتها وهو تقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضاً إذا أتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فلذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في أحد عشر صورة كما في «الفتح».

وإن قال: أنت حر بعد موتي بألف، فالقبول بعد موته،........

لو مات المولى فهو رقيق يورث عنه مع اكتسابه أو العبد فما تركه لمولاه ولا يؤدى منه عنه ولو كانت أمة ولدت ثم أدت لم يعتق ولدها ولو حط المال أو أبرأه المولى عنه لم يعتق، ويقتصر على المجلس إن كان بكلمة إن وللمولى بيعه قبل الأداء وأن يأخذ ما ظفر به من كسبه قبل التعليق ولو أداه عتق ورجع السيد بمثله عليه، بخلاف المكاتب إلا إذا كاتبه على نفسه وماله. الحادية عشر لو باعه المولى ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند أبي يوسف نعم، وعند محمد لا بخلاف المكاتب في الكل زاد في «البحر» ثلاث صور ما لو قيد المؤدى بكونه في كيس أبيض فأداه في أسود لا يعتق بخلاف المكاتب ولو قال في هذا الشهر فأدى الألف في غيره لم يعتق، وفي الكتابة لا يبطل إلا بحكم الحاكم أو بتراضيهما، والمسألتان في «البدائع» ولو أمر غيره بالأداء فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة كما في «المحيط».

واعلم أن ذكرهم الإبراء فيما خالف فيه المكاتب لا موقع له إذ الفرق إنما يكون بعد تحقق الإبراء في الموضعين ولا تحقق له هنا إذ لا دين عليه بخلاف المكاتب، وإن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط إذا حف بما يقتضيها كقوله: إن أديت إلي ألفاً كل شهر مائة فأنت حر فإنه يصير مكاتباً لا يباع كذا في «الدراية» وجعل في «المبسوط» هذا قول أبي سليمان لأن التنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني، وقال أبو حفص: لا يكون مكاتباً واستشهد له بما مر لو قال: إن أديت إلي ألفاً في هذا الشهر وأداه في غيره لا يعتق اتفاقاً وأجيب بأنه لا تنجيم هنا والمسألة تحتمل التأويل.

(**ولو قال: أنت حر بعد موتي بألف، فالقبول بعد موته**) لأنه أضاف الإيجاب إلى ما بعده فلا يعتبر القبول قبله بخلاف أنت مدبر على ألف حيث يكون القبول في الحال لان في هذا إيجاب التدبير في الحال، غير أنه لا يجب المال بقيام الرق وإذا عتق بالموت لا يلزمه شيء لعدم وجوبه قبله وأورد أنه ينبغي أن تكون مسألة «الكتاب» كذلك إذ المعنى أنت حر بعد موتي وأجيب بأن مسألة «الكتاب» تصرف اليمين من المولى/ حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الأيمان يعتبر اللفظ ولا إضافة في الثانية [٢٧٢/أ] لفظاً لتكون يميناً فلم يعتبر القبول بعده، وإذا قبل: بعد موت المولى لم يعتق في الأصح إلا بإعتاق الوصي أو الوارث أو القاضي عند امتناع الوارث والولاء للميت ولو أعتقه الوارث عن كفارة الميت لا يصح عن الكفارة بل عن الميت، وإنما توقف على إعتاق هؤلاء لما أن الميت ليس بأهل للإعتاق، واعترض بأن الأهلية ليست بشرط

ولو حرره على خدمته سنة، فقبل عتق، وخدمه، فلو مات تجب قيمته،..............

عند الإضافة والتعليق، ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق، والعتاق، وكذا يعتق المدبر بعد الموت، وليس التدبير إلا تعليق العتق، وأجيب بالفرق وذلك أنه في تلك المسائل الموجود إنما هو بطلان أهلية المعلق فقط، وهنا الثابت مع هذا زيادة، هي خروجه عن ملك المعلق إلى ملك الورثة، فلم يوجد الشرط إلا وهو في ملك غيره.

واعلم أنه روي عن الإمام أنه يعتق بمجرد القبول وأيده في «الفتح» وادعى في «البحر» أن ظاهر إطلاق المتون يفيده وفيه نظر، وفي «الخانية» إذا جاء غد فأنت حر إن شئت فالمشيئة له بعد طلوع الفجر من الغد، ولو قال: إن شئت فأنت حر غداً كانت المشيئة للحال في ظاهر الرواية وهو قولهما، وفي «البدائع» أنت حر غداً إن شئت فالمشيئة في الغد، ولو قال: أنت حر إن شئت غداً فالمشيئة للحال، لأنه في الأول علق الإعتاق المضاف إلى الغد بالمشيئة، وفي الثاني أضاف الإعتاق المعلق بالمشيئة إلى الغد والله الموفق، **(ولو حرره)** أي: العبد **(على خدمته)** أي: المولى **(سنة)** مثلا بأن قال: أعتقتك على أن تخدمني سنة عتق من ساعته ووجب عليه أن يخدمه، وأفاد كلامه أنه لا بد من بيان المدة فلو قال على خدمته أو على خدمة فلانة ولم يعين مدة كان عليه قيمة نفسه، قيد بكونه حرره على خدمته، لأنه لو علق عتقه على خدمته لا يعتق حتى يخدمه إياها.

ولو قال: إن خدمت ابني وابنتي حتى يستغنيا فأنت حر فإن كانا صغيرين فحتى يدركا ولو أدرك أحدهما يخدمهما إلى أن يدرك الآخر وإن كانا مدركين يخدم البنت إلى تزوجها والابن إلى قدرته على ثمن الجارية، ولو تزوجت البنت وبقي الابن خدمها أيضاً، ولو مات أحدهما بطلت الوصية وفي «الذخيرة»: اخدمني سنة وأنت حر عتق الساعة في قول الإمام، وقال الثاني: لا يعتق إلا بالخدمة قبل أو لا انتهى. والوجه للإمام ظاهر بعد أن الواو واو الحال وسكتوا في مسألة «الكتاب» عن حكم نفقته ونفقة أولاده حيث لا مال له وهي حادثة الفتوى. قال في «البحر»: وينبغي أن يقال: إنه يشتغل بالاكتساب للإنفاق فإن استغنى خدم المولى لأنه الآن في حكم المعسر فصار كما لو أعتقه على مال ولم يقدر عليه والله الموفق بمنه.

(ولو مات) المولى أو العبد **(تجب قيمته)** فتؤخذ منه للورثة أو من تركته للمولى إن كان لم يخدم شيئاً فإن خدم مدة قوبلت سقط عنه بقدرها من قيمته وهذا عندهما وقال محمد: يجب قيمة الخدمة وينبغي أن يكون مرضه الذي لا يرجى برؤه كالعمى ونحوه كالموت، قال في «الحاوي القدسي»: وبقول محمد نأخذ وإنما لم

ولو قال: أعتقها بألف على أن تزوجنيها، ففعل، وأبت أن تتزوجه عتقت مجاناً، ولو زاد عني قُسم الألف على قيمتها، ومهر مثلها، ويجب ما أصاب القيمة فقط.

يخلفه الوارث في استيفاء الخدمة إما لأن المنفعة لا تورث أو للتفاوت الفاحش فيها، (**ولو قال**) رجل لسيد أمة (**أعتقها بألف على أن تزوجنيها**) لم يقل على كما في عامة نسخ «الهداية» وأثبتها في بعض النسخ وهي أدل على إيجاب المال على المتكلم وإن كان كذلك مع تركها أيضاً، كذا في «الفتح» وكان لها مع الترك دلالة على الإيجاب أيضاً لأن العبارة أعتق أمتك على ألف درهم فاكتفى بدلالة علي للوجوب وذكرها في بعضها للتأكيد، كذا في «العناية» وبه اندفع ما في «الشرح» من أن الحق ما في بعض النسخ وعلته تدل على ذلك من أن اشتراط بدل العتق على الأجنبي لا يجوز، ولا يكون اشتراط إلا إذا قال على انتهى.

وهذا التقدير لا يتأتى في عبارة المصنف إذ ليس فيها ما يدل على الوجوب، وسنح لي أنه يجوز أن تكون إن شرطية والمضارع بعدها مجزوم بها لا مصدرية وقد غفل عن هذا في «البحر» فقال: الأولى ذكرها لتفيد عدم الوجوب عند عدم ذكرها بالأولى (**ففعل فأبت أن تتزوجه عتقت مجاناً**) أي: بغير شيء يلزمه من الألف فإن تزوجته (**ولو زاد عني قسمت / الألف على قيمتها، ومهر مثلها**) فما أصاب قيمتها سقط [٢٧٢/ب] عنه وما أصاب مهرها وجب، فإن استويا سقط عنه النصف ووجب النصف الآخر وإن تفاوتا كأن كان قيمتها مائتين والمهر مائة سقط عنه ستمائة وستة وستون وثلث أي: ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث كذا في «الفتح».

وبنا قررناه اندفع ما في «البحر» من أنه لو حذف قوله: وأبت، لكان أولى لأنها لا تعتق مجاناً وإن تزوجته واعتذر عن قوله على أن تزوجنيها مع أنه ليس بقيد لأنها تعتق مجاناً في قوله: أعتقها بألف علي ففعل بأنه إنما ذكره ليفرع عليه المسألة الثانية وأنت خبير بأن تفريع الثانية بما ذكر مع حكمها الآتي لا يتم مع حذف قوله وأبت لما ستسمعه، وإن زاد لفظ عني قسم المهر على قيمتها ومهر مثلها (**ويجب ما أصاب القيمة فقط**) كأن هذا اللفظ لتضمن الشراء اقتضاء، وقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحاً فانقسم عليها وكان عليه حصة ما سلم له فإن تزوجته فما أصاب قيمتها فهو للمولى وما أصاب مهرها فهو لها.

تتمة: أعتق أمته على أن تزوجه نفسها ففعلت كان لها مهر مثلها عندهما لعدم صلاحية العتق لأن يكون مهراً، وجوزه الثاني اقتداء بفعله ﷺ ذلك في صفية. قلنا: كان ﷺ مخصوصاً بالنكاح بغير مهر على ما مر، فإن أبت أن تتزوجه لزمها قيمتها في قولهم جميعاً ولو أعتق أم ولده على أن تزوج نفسها منه فقبلت عتقت ولو أبت نكاحه فلا سعاية عليها، كما في «الخانية» والله الموفق للإتمام.

باب التدبير

هو : تعليق العتق بمطلق موته..

باب التدبير

شروع في العتق الواقع بعد الموت بعد الفراغ من الواقع في الحياة وقدمه على الاستيلاد لشموله الذكر أيضاً، والتدبير لغة النظر في عواقب الأمور قال في «المغرب» وغيره: وتدبير المملوك الإعتاق عن دبر وهو ما بعد الموت، وشرط في المدبر نفسه الأهلية من العقل والبلوغ فلا يصح تدبير الصبي والمجنون أما لو قال لصبي أو مجنون: دبر عبدي إن شئت فدبره جاز وهذا يقتصر على المجلس كذا في «المبسوط».

وفي «الخانية» يصح تدبير المحجور عليه بالسفه وبموته يسعى في كل قيمته، وإن وصية المحجور عليه بالسفه بالثلث جائز انتهى، فيطلب الفرق ولعل الفرق هو أن التدبير إتلاف الآن بخلاف الوصية فإنها بعد الموت وله الرجوع قبله فلا إتلاف فيها والملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه، أما السكران والمكره فيصح تدبيرهما كإعتاقهما وصفته التجزؤ عنده لا عندهما وأحكامه ستأتي (**هو تعليق العتق**) والإضافة كأعتقتك بعد موتي كالتعليق (**بمطلق موت المولى**) لفظاً أو معنى فخرج ما لو علقه بموته وموت فلان فليس بمدبر مطلقاً حتى كان للورثة بيعه إذا مات المولى قبل فلان نعم لو مات فلان قبله كان مطلقاً وما لو علقه بموت موصوف بصفة كما سيأتي.

وما لو قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر فإنه لا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي نص عليه ابن سماعة في «نوادره» ولو قال: قبل موتي بشهر كان مدبراً مقيداً فإن مضى شهر كان مطلقاً عند البعض، وقال بعضهم: هو باقٍ على التقييد كذا في «الظهيرية».

وفي «الخانية»: لو مات بعد شهر قيل: يعتق من الثلث، وقيل: من جميع المال لأن على قول الإمام يستند العتق إلى أول الشهر وهو كان صحيحاً فيعتق من كله وهو الصحيح وعلى قولهما يصير مدبراً بعد مضي الشهر قبل موته وفي «المجتبى» قبل مضي الشهر ليس مدبراً وإن كان يعتق بعد موته ويجوز بيعه ثم إذا مضى شهر لا يجوز بيعه لأنه صار مدبراً مطلقاً وأكثر المشايخ أنه يجوز بيعه وهو الأصح انتهى، والحاصل أنه مقيد قبل مضي الشهر وبعده على الراجح، إلا أن مقتضى كونه يعتق من جميع المال على ما صححه في «الخانية» أن لا يكون مدبراً كما سيأتي.

كإذا مت، فأنت حر، وأنت حر يوم أموت، أو عن دبر مني، أو مدبر أو دبرتك..........

ولو قال: أنت حر بعد موتي إن شئت ينوي فإن نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث وإن نوى المشيئة بعد الموت فشاء العبد عند موته فهو حر لوجود الشرط لا باعتبار التدبير. وكان/ [٢٧٣/أ] الشيخ أبو بكر الرازي يقول: الصحيح أنه لا يعتق إلا بإعتاق من الورثة أو الوصي، وبه جزم الحاكم في «مختصره»، والفرع الذي قبله يؤيده فرق بين هذا وما لو قال: أنت حر بعد موتي إن دخلت الدار بعده حيث لا يجب على الوارث إعتاقه بعد دخوله بأن الوصية بالإعتاق توكيل به بعد الموت وتعليقها بالمشيئة جائز، كأعتق عبدي إن شاء وبالدخول لا تصح كأعتق عبدي هذا إذا دخل الدار، كذا في «المحيط» ملخصاً، وقولنا لفظاً أو معنى يصح أن يكونا حالين من تعليق، والتعليق معنى كالوصية برقبته أو بنفسه أو بثلث ماله لا منه وأن يكونا حالين من مطلق، والمطلق معنى كإن مت إلى مائة سنة فأنت حر فإنه مطلق في المختار (**كإذا**) أو متى أو إن (**مت**) أو توفيت أو هلكت أو حدث في حادث (**فأنت حر**) أو عتيق أو معتق أو محرر (**أو أنت حر يوم أموت**)، أراد به مطلق الوقت لأنه قرن بفعل لا يمتد فإن نوى النهار صحت نيته ولم يكن مدبراً، كذا في «المبسوط» ومنه ما في «المحيط» أنت حر في موتي أو مع موتي وعنه أيضاً لو قال لرجلين: دبرا عبدي فدبره أحدهما جاز، ولو قال: آمر عبدي في التدبير إليكما فدبره أحدهما لم يجز، ومنه أيضاً ما في «الخانية» وغيرها لا سبيل لأحد عليك بعد موتي – إن شاء الله – كان مدبراً كما في «الحاوي القدسي».

ولو زاد إن شاء الله صح الإيصاء بخلاف ما لو قال: أنت حر بعد موتي إن شاء الله حيث لا يصح، والفرق أن الاستثناء في الأول من الأمر وفي الثاني من الإيجاب كذا في «الولوالجية»، (**أو**) أنت حر (**عن دبر مني**) يقال: دبر الرجل إذا ولى فكأنه دبر من الحياة (**أو دبرتك**) ولو زاد بعد موتي كان مدبراً الساعة ويلغوا قوله بعد موتي لعدم مكانه في «الظهيرية» أنت حر الساعة بعد موتي كان مدبراً، ونبه «بالكافي» على عدم حصر الألفاظ فيما ذكر كما أفاد إثباته عن دبر كان صريحاً. وعن الثاني فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله أنه يعتق بعد موته ولو بجزء لأن الجزء عبارة عن الشيء المبهم والتعيين فيه إلى الورثة بخلاف السهم فإنه السدس فكان سدس رقبته داخلاً في الوصية.

فرع: تدبير الحمل وحده صحيح كعتقه فإن ولدته لأقل من ستة أشهر كان مدبراً وإلا فلا، ولو كانت بين اثنين دبر أحدهما وولدته لأقل من ستة أشهر خير الثاني بين التضمين والتدبير والاستسعاء بعد أن يقدر ولو دبره أحدهما، وقال الثاني للأم: أنت حرة بعد موتي فإن ولدته لأقل من ستة أشهر بعد كلام الأول كان الولد مدبراً

فلا يباع، ولا يوهب ويستخدم ويؤجَّر وتوطأ، وتنكح، وبموته يعتق من ثلثه، وسعى في ثلثيه لو فقيراً.........

بينهما ولو لأكثر وأقل من تدبير الأم كان مدبراً للذي دبر الأم بلا ضمان، نعم له أن يضمنه حصته في الأم إن كان موسراً (**فلا يباع**) لما عن ابن عمر «لا يباع المدبر (**ولا يوهب**)»[١] وهو حر من الثلث، أي: لا يصح بيعه بل يبطل حتى لا يملك بالقبض وعلى هذا لو جمع بينه وبين قن ينبغي أن يسري الفساد في القن ولو قضى قاضٍ بجواز بيعه نفذ وكان فسخاً للتدبير حتى لو عاد إليه ومات على ملكه لم يعتق واستشكل بأنه إنما يبطل بالقضاء ما هو مختلف فيه وذاك لزوم التدبير لا صحة التعليق فينبغي أن يبطل وصف اللزوم لا غير كذا في «الظهيرية».

وفي «الولوالجية»: والحيلة إذا أراد أن يدبر عبده على وجه يملك بيعه أن يقول: إذا مت وأنت في ملكي فأنت حر، فيكون مدبراً مقيداً وعلى هذا المعنى يحمل قوله في هذا الباب لو قال: هذه أمتي إن احتجت أبيعها وإن بقيت بعد موتي فهي حرة فباعها جاز كذا أفتى به الشهيد وأراد بالبيع الإخراج عن الملك بعوض فلا يمهر أيضاً ولا يرهن، لأن الرهن والإرهان من باب إيفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من تمليك العين وتملكها أي: لا يخرج عنه بعوض ولا بغير عوض فلا يوصى به أيضاً إلا إلى الحرية بلا بدل أو بالكتابة أو أعتق على مال (**ويستخدم**) المدبر (**ويؤجر وتوطأ**) المدبرة (**وتنكح**) جبراً وكذا المدبر والأجر والمهر له وكذا أرشهما لأن ملكه ثابت فيه وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات وبقي أن جنايته على المولى وهي الأقل من قيمته ومن أرش الجناية ودينه يتعلق بكسبه (**وبموته**) ولو حكماً كما إذا لحق/ بدار [٢٧٣/ب] الحرب لأن الردة مع اللحاق تجري مجرى الموت، وكذا المستأمن إذا اشترى عبداً في دار الإسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق عتق مدبره كما في «البدائع» (**يعتق المدبر**) في آخر جزء من أجزاء حياته، كذا في «المحيط» (**من ثلثه**) يوم موته لما رويناه لأنه وصية ونفادها منه، ولذا لم يفترق الحال بين كون التدبير في الصحة أو في المرض إلا إذا قال في صحته: أنت حر أو مدبر ومات بلا بيان فإنه يعتق نصفه من جميع المال ونصفه من الثلث ولو قتل المدبر سيده سعى في كل قيمته إذ لا وصية للقاتل.

وفي «الخانية» يصح تدبير المحجور عليه بالسفه وبموته يسعى في كل قيمته وفيها أن وصية المحجور عليه من الثلث جائزة فيطلب الفرق (**ويسعى في ثلثيه لو كان**) المدبر (**فقيراً**) لا مال له سواه ولو كانت مدبرة فإن خرج من الثلث عتق بالتدبير

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٣١٣) برقم (٢١٣٦٠).

وكله لو مديوناً ويباع لو قال: إن مت من سفري، أو مرضي، أو إلى عشر سنين، أو عشرين سنة، أو أنت حر بعد موت فلان، ....

وسقطت عنه الكتابة وإن لم يكن له مال غيره فإن شاء سعى في بدل الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير عند الإمام، وقال الثاني: سعى في الأقل منهما بلا خيار، وقال الثالث: يسعى في الأقل من ثلثي البدل وقيمته ولو كاتبه وثم دبره خير عند الإمام بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة وقالا: يسعى في أقلها عيناً كذا في «الفتح».

(و) يسعى في (**كله**) أي: في قيمة كله (**لو مديوناً**) بدين مستغرق للتركة لأن الدين يقدم على الوصية ولا يمكن نقض العتق فنقض معنى برد القيمة أي: قيمته مدبراً ذكر في قط وذكر محمد السفيه لو دبر ثم مات يسعى الغلام في قيمته مدبراً، كذا في «المجتبى» ونحوه في «المحيط» حيث قال: مات الولي وعليه دين محيط سعى المدبر في جميع قيمته واختلفوا في قيمته مدبراً والصحيح هي نصف قيمته انتهى.

وفي «الجوهرة» إنه يسعى في قيمته قناً، وقدمنا أن المدبر لو كان محجوراً عليه فإنه يسعى في كل القيمة (**ويباع**) شروع في التدبير المقيد وهو تعليق عتقه بموته على صفة (**لو قال: إن مت من مرضي**) هذا أو إن مت وغسلت أو كفنت أو دفنت أو إن مت أو قتلت فأنت حر وهذا في الأخير قول الثاني، وجعله زفر من المطلق.

قال في «الفتح»: وهو أحسن لأنه تعليق بمطلق موت المولى يعني كيفما كان، (أو) قال: (**أنت حر بعد موت فلان**) لأنه ليس بمدبر مطلق قاله العيني يعني بل مقيد ومنع في «البحر» كونه مقيداً وإنما جاز بيعه لأن سبب الحرية لم ينعقد في الحال للتردد في هذا القيد لجواز أن لا يموت منه فصار كسائر التعليقات بل هو تعليق العتق بشرط مطلق لما في «المبسوط»، لو قال: أنت حر بعد موت فلان فلم يكنْ مدبراً لأن موته ليس بسبب للخلافة في حق هذا المولى ووجوب حق العتق باعتبار معنى الخلافة.

وفي «البدائع» لو قال: إن مات فلان فأنت حر لم يكن مدبراً، لأنه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكنْ تدبيراً بل تعليقاً بشرط مطلق، فإن قلت: ذكر المصنف له فيه لمساواته له في حكمه من جواز البيع قلت: بينهما فرق وهو أن المدبر بتسميته يعتق من الثلث وهذا من جميع المال إذا وجد الشرط، ويبطل التعليق بموت المولى قبل وجوده بخلاف المدبر انتهى.

ويعتق إن وجد الشرط.

باب الاستيلاد

ولدت أمة من السيد ....

أقول: عبارة أصله «الوافي» أو إن مات فلان وأنا وكأن الأصل إنما هو بعد موتي وفلان فتحرف (**ويعتق إن وجد الشرط**) نبه بذلك على أنه لا بد أن يموت في ذلك السفر أو المرض أو تلك المدة حتى لو مات بعدما أقام أو صح أو مضت لم يعتق لبطلان اليمين والله الموفق للصواب.

باب الاستيلاد

ولما اشترك كل من الاستيلاد والتدبير في استحقاق العتق بعد الموت، إلا أن التدبير إيجاب باللفظ فناسب ما قبله فقدم على الاستيلاد الذي هو مصدر استولد طلب الولد أريد به خاص وهو طلبه من الأمة أي من ....[1] وكان المناسب للترجمة بالإعتاق أن يترجم للاستيلاد بكتاب نعم هذا على الترجمة بالعتق ظاهر، وأم الولد نفسها هي التي ثبت نسب ولدها من مالكها، وإن أطلقت لغة على الزوجة أيضاً (**ولدت أمة**) قنة أو مدبرة غير أن التدبير يبطل على ما مر ومقتضاه عدم صحته بعد الاستيلاد إلا أن / المسطور في «المحيط» صحته لأن فيه استجماع سببي الحرية. [٢٧٤/أ]

وأفاد في «الذخيرة» أن معنى إبطاله عدم ظهور حكمه بعد فكأنه بطل لأنها تعتق من جميع المال وفي غيره لا يصح تدبيرها لأنه لا يفيد، كذا في «الفتح» وإطلاقه يفيد أنه لا فرق بين كون الولادة من جماع أو استدخال مني كما في «المحيط» عن الإمام (**من سيدها**) بأن اعترف فسقط ما قيل: إن في العبارة قصوراً، لأن المدار على ثبوت النسب منه وولادتها منه لا تستلزم على أنا لا نسلم كون المدار على ثبوت النسب بل على مجرد الدعوى يثبت النسب معها أو لا لما نقلوه من أنه لو ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وصارت أم ولد له لإقراره بثبوت النسب منه، وإن لم يصدقه الشرع وإطلاقه يعم الذمي والمرتد والمستأمن وما لو ولدت منه حال كونها زوجة أو موطوءة بشبهة ثم ملكها بعد وحينئذٍ فلا حاجة لزيادة، كما في «الإصلاح».

قال في «البحر»: ولو قال: حملت لكان أولى لما في «البدائع» وغيرها، لو قال: حملها مني صارت أم ولد له وكذا لو قال: هي حبلى مني أو ما في بطنها من ولد فهو مني ولا يقبل منه إنما كان ريحاً ولو صدقته.

---

(١) بياض في الأصل.

لم تملك وتوطأ، وتستخدم، وتؤجر وتزوج فإن ولدت بعده ثبت بلا دعوة بخلاف الأول.

وأقول: ينبغي أن يقيد هذا بما وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الاعتراف فإن وضعته لأكثر لا تصير أم ولد وفي «الشرح» لو اعترف بالحمل فجاءت به لستة أشهر من وقت الإقرار لزمه للتيقن بوجوده وقت الإقرار ويوافقه ما في «المحيط» لو أقر أن أمته حبلى منه ثم جاءت بولد لستة أشهر يثبت نسبه منه، لأن الدعوى صادفت ولداً موجوداً في البطن، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه النسب لأنا لم نتيقن بوجوده وقت الدعوى لاحتمال حدوثه بعدها فلا تصح الدعوى بالشك انتهى. وعلى هذا فصيرورتها أم ولد موقوف على ولادتها فلا جرم أناطوا الحكم بها وعم الولد الحي والميت، ولو سقطا بعد أن كان مستبين الخلق على ما مر في الطهارة لم تملك لقوله عليه الصلاة والسلام في أم إبراهيم «أعتقها ولدها»[(١)] رواه أحمد وغيره.

وفي رواية الدارقطني وغيره «من وطئ أمة فولدت فهي معتقة عن دبر منه»[(٢)] ومعنى (**لم تملك**) أي: ملكاً بعد ملك سيدها فلا يرد أنها ملك لسيدها بدليل ما سيأتي من جواز وطئها ونحوه، ولو قرئ بتشديد اللام لكان أبعد عن التكلف، وإلى ذلك يشير قول الشارح أي: لا يجوز تمليكها فلا تخرج عن الملك بسبي ولا رهن ولو قضى قاضٍ بجواز بيعها لم ينفذ في أظهر الروايات، ولو ملكها بسبي بعد ارتدادها فهي أم ولد بخلاف المدبر (**وتوطأ**) أم الولد (**وتستخدم وتزوج**) لقيام ملكه فيها كالمدبرة وفيه إيماء إلى أن الكسب والعقر وأرش الجناية له، ولم يقل في التزويج بعد استبرائها دلالة على أنه لا يجب على المولى بل يندب فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح فسد لا لأكثر، وإن ادعاه المولى إلا أنه يعتق عليه ولو باع خدمتها منها أو كاتبها على خدمتها جاز وتعتق يعني إذا أدت ما قابل الخدمة من المال أو تمت مدة الخدمة التي وقعت الكتابة عليها (**فإن ولدت بعده**) أي: بعد الولد الذي اعترف (**ثبت**) نسبه منه (**بلا دعوة بخلاف الأول**) حيث يثبت نسبه بدونها، والفرق أن وطئ الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد فإذا اعترف بالأول بقي الولد مقصوداً منها فصارت فراشاً كالمعقودة، وعلى هذا ينبغي أنه لو قال عند مجيئها الولد: كنت أطأ لقصده أن يثبت نسبه وإن لم يقل: هو ولدي لأن ثبوته بذلك القول بناء على وطئه حينئذٍ لقصد الولد، وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس: ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعوة، وإن كنا

---

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام (٢٥١٦)، ولم أجده في مسند الإمام أحمد رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ١٣٠).

وانتفى بنفيه، وعتقت بموته ....

نوجب عليها في هذه الحالة الاعتراف فلا حاجة إلى أن يوجب عليه الاعتراف ليعترف بل يثبت نسبه ابتداء، وأظن أن لا بعد في أن يحكم على المذهب بذلك، كذا في «فتح القدير»، ورده في «البحر» بأنه لا يصح أن يحكم له على أهل المذهب لتصريحهم بخلافه. قال في «البدائع»: القنة والمدبرة لا يثبت نسب ولدها وإن حصنها المولى وطلب الولد من وطئها بدون الدعوى عندنا انتهى.

وأقول: أنت خبير بأن المدعي ما لو أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها هل يكون ذلك كالدعوة أم لا؟ وما في «البدائع» لا يصادمه بقليل تأمل واعلم أنَّ/ ثبوته [٢٧٤/ ب] بلا دعوة مقيد بحل وطئها له بعد الولد، ما لو عرض له حرمة مؤبدة بأن وطئها ابن سيدها أو أبوه أو وطئ السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو كتابة فإنه لا يثبت نسبه منه إلا باستلحاقه لأن حرمة وطئها كالنفي دلالة.

قال في «الفتح»: ولا يخفى أنه يجب أن يفصل بين أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها، ففي الأول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة هذا كله حكم القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى فالمروي عن الإمام أنه إن لم يعزل عنها وحصنها عن مظان الريبة يلزمه أن يدعيه بالإجماع لأن الظاهر كونه منه والعمل به واجب، وإن كان عزل عنها حصنها أولا جاز له نفيه.

فــــرع

قال في «المجتبى»: يصح استيلاد المجنون وهو مشكل لأن الدعوى لا تتصور منه فهذا إن صح يستثنى، كذا في «البحر» ويمكن أن يكون من وليه كعرض الإسلام عليه بإسلام زوجته إلا أن يفرق بينهما بالنفع والضرر والموضع موضع تأمل فتدبره، **(وانتفى)** الولد الثاني **(بنفيه)** صريحاً أو دلالة كما إذا ولدت أكثر من واحد في بطن فادعى الأول كان نفياً لما بعده، ولو كان في بطون مختلفة كما في «الظهيرية» ولو ادعى الأخير كان تبعاً للأولين وإنما صح نفيه لضعف فراشها بدليل أن له نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث تتوقف على اللعان لتأكده، وهذا الإطلاق قيده في «المبسوط» بما إذا لم يقضِ القاضي به ولم يتطاول الزمن فإن قضى به قاض يعني يراه فقد لزمه فلا يملك إبطاله، والتطاول دليل إقراره لأنه يوجد منه ما يدل عليه من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بالإقرار واختلافهم في التطاول في اللعان **(وعتقت)** الأم **(بموته)** أي: السيد ولو حكماً كلحاقه بدار الحرب مرتداً، وكذا المستأمن لو عاد إلى دار الحرب فاسترق وله أم ولد في دار

من كل ماله، ولم تسع لغريمه ولو أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها ولو ولدت بنكاح، فملكها فهي أم ولده، ....

الإسلام **(من كل ماله)** هذا إذا كان إقراره بالولد في الصحة أو المرض ومعها ولدٌ وكانت حبلى فإن لم يكن شيء من ذلك عتقت من الثلث لأن عدم الشاهد إقرار بالعتق وهو وصية، كذا في «المحيط» وغيره وإذا عتقت فمال في يدها للمولى إلا إذا أوصى لها به كما في «الخانية» وعن محمد أستحسن إن ترك لها ملحفة وقميصاً ومقنعة، أما المدبر فلا شيء له من الثياب، كذا في «المجتبى».

(ولم تسع لغريم) لرواية الشيباني «أمر عليه الصلاة والسلام بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث»[1] أي: حكم ودل قوله ولا يبعن على انتفاء المالية وإذا انعدمت لم يبق عليها سعاية ونكر الدين نفياً للسعاية للغرماء والورثة وقوله ولا يجعلن من الثلث تأكيد لأنه يفهم من قوله وأن لا يبعن في دين كذا في «العناية» ومنعه في «الحواشي السعدية» فإن المدبر لا يباع في دين ويجعل من الثلث **(ولو أسلمت أم ولد النصراني)** أراد به الكافر يعني فأبى عن الإسلام **(سعت في قيمتها)** أم ولد وهو ثلث قيمتها قنة قاله الإتقاني بأن يقدر القاضي قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة إلا أنها لا ترد إلى الرق بعجزها دفعاً للضرر عنه وعنها فإنه لا يصل إلى البدل عقب عتقها لإفلاسها، وقد تتوانى في الاكتساب بحصول مقصودها بعده وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل إيفائه، وقد قال علماؤنا: خصومة الذمي والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم.

ولو مات عتقت بلا سعاية ولو ماتت هي ومعها ولد وُلد في سعايتها سعى فيما عليها كما في «المحيط»، والمدبرة في هذا الحكم كأم الولد وهي وإن كانت عند الإمام غير متقومة إلا أن الذي يعتقد في هذا تقومها قيد بأم الولد لأن القنة يجبر على بيعها، وكذا القن يعني إن أبى عن الإسلام **(ولو ولدت بنكاح)** ولو فاسداً أو مشروطاً فيه كونها حرة الأصل فإذا هي أمة أو وطئ بشبهة على ما مر وخرج به ما لو ولدت منه بزنا فإنها لا تكون أم ولد بملكه لها استحساناً **(فملكها)** بأي سبب كان كلاً أو بعضاً **(فهي أم ولده)** لأن السبب هو الجزئية وقد ثبتت منها نسبة الولد إلى كل واحد منها وقد / ثبت النسب فثبت الجزئية بينهما بواسطة انتساب الولد إليهما ثم عندنا تصير [١/٢٧٥] أم ولد من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه، وأثر الخلاف يظهر فيما لو ملك ولداً لها من غيره فإنه في حكم أمه ومعلوم أن أولاده منها

---

(١) لم أعثر عليه.

ولو ادعى ولد أمة مشتركة ثبت نسبه، وهي أم ولده، ولزمه نصف قيمتها، ونصف عقرها لا قيمته ولو ادعياه معاً ثبت نسبه منهما،.........................

أحرار بملكه لهم (**ولو ادعى ولد أمة مشتركة ثبت نسبه**) أي: الولد منه لاحتياج الولد منه إلى النسب ولا فرق بين كون المدعي مسلماً أو كافراً صحيحاً أو مريضاً حراً أو مكاتباً، غير أنه إذا عجز كان له أن يبيعها كما في «الظهيرية» وفيها أخوان اشتريا أمة حاملاً فجاءت بولد فادعاه أحدهما فعليه نصف قيمة الولد، ولا يعتق بالقرابة لأن الدعوة لما تقدمت أضيف الحكم إليها (**وهي أم ولد له**) ابتداء لعدم تجزؤ الاستيلاد عندهما وعنده صار نصفها أم ولد له ثم يملك الآخر لأنه قابل للنقل والحاصل أن الاتفاق أنه لا يستقر تجزؤها في حق الأمومية في الابتداء عنده، وعندهما من أول الأمر (**ولزمه نصف قيمتها**) يوم العلوق لتملكه نصيب صاحبه باستكمال الاستيلاد (و) لزمه إيفاء (**نصف عقرها**) يوم العلوق لأن ملكه إنما يثبت بعد الوطء حكماً للاستيلاد فيعقبه الملك في نصيب صاحبه (**لا قيمته**) لأنه علق حر الأصل لاستناد النسب إلى وقت العلوق وعم كلامه ما إذا كان الشريك أباً بخلاف ما لو استولدها ولا ملك له فيها حيث لا يلزمه العقر على ما مر، لأن ماله من الملك فيها كاف لإخراجه عن كون فعله زنا، أما إذا لم يكن له فيها ملك فالحاجة ماسة إلى إثبات ملكه قبل الوطء تحامياً عن ذلك (**ولو ادعياه**) أي: ادعى الشريكان نسب الولد ولو اختلف أنصباؤهم (**معاً**) بأن لم يعلم بسبق أحدهما (**ثبت نسبه منهما**)، كذا جاء عن عمر رضي الله تعالى عنه وفرضها في الاثنين لعدم الاختلاف فيهما وإن كان عند الإمام يثبت من أكثر خلافاً للثاني، وقصره محمد على ثلاثة وزفر على خمسة.

وفي «غاية البيان» لو تنازع فيه امرأتان أو أكثر قضي به بين الكل عند الإمام خلافاً لهما، ولو امرأة ورجل قضي بينهما عنده أيضاً، وقالا: يقضى للرجل ولو كانت المنازعة بين رجلين وامرأتين كل يدعي أنه ابنه من هذه المرأة قضي به بين الرجلين فقط عنده وأطلق في ثبوت النسب منهما وهو مقيد بما إذا لم يكن مع أحدهما مرجح فإن كان كما إذا كان أحدهما أباً فيقدم الأب على الابن كما في «الهداية»، وبه عرف أنه لو ادعاه الابن والأب والجد قدم الجد.

والمسألة في «الظهيرية» والمسلم على الذمي والحر على العبد والذمي على المرتد والكتابي على المجوسي، ومن تقدم نكاحه حتى لو كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً فاشترياها معاً فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء فادعياه فهي أم ولد للنكاح أولاً لكن لا يثبت نسب ولدها الثاني إلا بالدعوة كما في «المجتبى» معللاً بأن الوطء حرام فتعتبر الدعوة قيد بادعائهما النسب، لأنهما لو ادعى أحدهما

وهي أم ولدهما، وعلى كل واحد نصف العقر، وتقاصا، وورث من كل إرث ابن وورثا منه إرث أب، ولو ادعى ولد أمة مكاتبه، وصدقه المكاتب لزمه النسب، والعقر وقيمة الولد، ولم تصر أم ولده،.........................

العتق والآخر النسب معاً قدم الثاني، **(وهي أم ولدهما)** لأن دعوة كل منهما في نصيبه راجحة على صاحبه فتتبعه الأم وتخدم كل منهما يوماً وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت ولا سعاية عليها عند الإمام وتسعى عندهما في نصف قيمتها ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية عليها عنده، وعندهما يضمن إن كان موسراً أو تسعى إن كان معسراً كذا في «الفتح»، **(وعلى كل واحد)** منهما **(نصف العقر)** لأن الوطء في المحل المحترم لا يخلو عن عَقر أو عُقر وقد تعذر الأول للشبهة فتعين الثاني، **(وتقاصا)** أي: الشريكان وفائدة إيجاب العقر مع هذا أنه لو أبرأ أحدهما صاحبه بقي حق الآخر ولو قدم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ولو كان نصيب أحدهما أكثر كان له أخذ الزيادة، وكذا الغلة والكسب والخدمة كما في «البدائع» **(وورث من كلٍ إرث ابن)** كامل لإقرار كل منهما أنه ابنه على الكمال **(وورثا منه إرث أب)** لأن المستحق أحدهما فيقسمان نصيبه لعدم الأولوية والنسب وإن كان يتجزأ لكن يتعلق به أحكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف في المال، وأحكام غير متجزئة كالنسب وولاية الإنكاح فيما يقبل التجزئة يثبت بينهما على التجزئة/ [٢٧٥/ ب] وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما على الكمال كأنه ليس معه غيره قاله الشارح، ونص في صدقة الفطر أنها عليهما لكن عند الثاني، على كل صدقة تامة وقال محمد: عليهما صدقة واحدة.

وأما الجزية ففي «الخانية» لو ادعى نجراني وتغلبي ولد أمة لهما ومات أو كبر الولد تؤخذ منه جزية وفي «السير الكبير» لو مات التغلبي أولاً أخذ منه جزية أهل نجران أو النجراني أولاً أخذ منه جزية بني تغلب، ولو ماتا معاً أخذ النصف من هذا والنصف من هذا، **(ولو ادعى)** المولى **(ولد أمة مكاتبة، فصدقه المكاتب، لزم النسب)** لأن غاية أمره أن يكون كالأجنبي، ولو ادعى ولد جارية أجنبي فصدقه المولى ثبت نسبه. قيد بمكاتبه لأنه لو ادعى ولد مكاتبته لم يشترط تصديقها وخيرت بين البقاء على كتابتها وأخذ عقرها وبين أن تعجز نفسها وتصير أم ولد كذا في «الهداية» «والدراية» **(و)** لزم **(العقر)** لما بينا، **(وقيمة الولد)** لأن في معنى ولد المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه إلا أن القيمة هنا تعتبر يوم الولادة، وولد المغرور يوم الخصومة **(ولم تصر أم ولد له)** لأنه لا ملك فيها حقيقة كما في أم

وإن كذبه لم يثبت النسب.

ولد المغرور المبيعة المستحقة وماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة إلى النقل فإن قلت بين قولهم لم تصر أم ولد وقولهم ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد تناقض قلت :المراد من الاستيلاد استلحاق الولد وصحته بثبوت النسب منه، أما ثبوت أمومية الولد فإنما هو لازم في بعض الصور وليس عيناً ليلزم نفي ما أثبت (**وإن كذبه**) أي: المكاتب (**لم يثبت النسب**) لأنه لا يملك التصرف في اكتساب مكاتبه لأنه بالعقد حجر على نفسه فاشترط تصديقه إلا أنه لو ملك الولد يوماً عتق عليه والله الموفق.

خاتمة: ولدت منه جارية غيره فقال: أحلها إلى مولاها والولد ولدي وكذبه في الولد لم يثبت نسبه غير أنه إن ملكها يوماً ثبت نسبه وصارت أم ولد له وإن صدقه ثبت النسب ولو استولد جارية أحد أبويه أو امرأته وجاءت بولد فقال: ظننت حلها لم يثبت النسب وإن ملك أمه بعد لم تصر أم ولد له غير أنه في ملكه الولد عتق عليه، وفي «الوافي» قالا في الصحة: هي أم ولد أحدنا ومات أحدهما يبين الحي فإن عين نفسه فهي أم ولده وضمن نصف قيمتها لا عقرها بخلاف ما لو ولدت في ملكهما، وإن عين الميت عتقت صدقته الورثة أو لا، ولا سعاية، وإن كان في المرض وقالوا :عناك لم تسع وإن قالوا: عنى نفسه ولو صدقه، فللحي نصف قيمتها في تركته وتعتق من الثلث ومن الكل لو ولدت في ملكهما وثبت النسب.

كتاب الأيمان

كتاب الأيمان

اشترك كل من اليمين والطلاق والعتاق والنكاح في أن الإكراه والهزل لا يؤثر فيه، غير أنه قدم النكاح لقربه من العبادة كما مر، وأولاه الطلاق لأنه رفعه بعد تحققه ثم ذكر العتاق بعد لمشاركته للطلاق في تمام معناه الذي هو الإسقاط وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية، واليمين لغة لفظ مشترك بين الجارحة والقوة والقسم إلا أن قولهم كما في «المغرب» وغيره سمي الحلف يميناً لأن الحالف يتقوى بالقسم، أو أنهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم يفيد كما في «الفتح» أن لفظ اليمين منقول ومفهومه لغة جملة أولى إنشائية صريحة الحزأين يؤكد بها جملة بعدها خبرية، وترك لفظ أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فإن الأولى هو المؤكدة بالثانية من التأكيد اللفظي كذا في «الفتح» وتبعه في «البحر».

وأقول: فيه بحث أما أولاً فلأن هذا إنما يتم على أن الجملة الثانية المؤكدة إنشائية وهو ممنوع، وأما ثانياً بتقدير التسليم فقد خرج بقوله بعدها فتدبره، والجملة تشمل الفعلية كحلفت بالله وأحلف، والاسمية كعلي عهد الله ولعمرك لأفعلن كذا، وخرج بالإنشائية تعليق الطلاق والعتاق فإن الأولى ليست إنشاء والشرعي ما أفاده بقوله كما هو في كثير من النسخ اليمين تقوية أحد طرفي الخبر من الصدق والكذب أو النفي والإثبات كما قال ابن الفصيح في نظمه نظراً إلى قول المحققين أن له طرفاً واحداً هو الصدق، وأن الكذب احتمال عقلي في نفس/ [١/٢٧٦] السامع ظاهراً فدخل يمين الغموس بالمقسم به سواء كان اسماً من أسمائه تعالى أو صفة أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك فدخل التعاليق، كإن فعل كذا فهو يهودي وإن دخلت الدار فأنت كذا بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وإن بشرتني فأنت حر وركنها اللفظ المستعمل فيها، وشرطها كون الحالف مسلماً.

وفسر في «الحواشي السعدية» التكليف بالإسلام والعقل والبلوغ وعزاه إلى «البدائع» وما قلناه أولى زاد في «الدراية» الحرية وتبعه الشمني وهو سهو لقولهم: إن العبد إذا حنث كفر بالصوم هذا باعتبار الحالف، وأما باعتبار اليمين فقال في «المحيط»: شرطها كون الخبر المضاف إليه اليمين محتملاً للصدق والكذب متمثلاً بين البر والهتك فيتحقق حكمه وهو وجوب البر وسببها البقائي تارة إيقاع

حلفه على ماض كذباً عمداً غموس وظناً

صدقه في نفس السامع، وأخرى حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك، وحكمها وجوب البر فيما إذا حلف على طاعة أو ترك معصية، والحنث فيما إذا حلف على ضدهما وندبه فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزاً ثم قيل: يكره الحلف بغير اسم الله تعالى كالطلاق وقيل: إن أضيف إلى الماضي يكره وإن أضيف إلى المستقبل لا يكره وهو الأحسن كما في «المحيط» وعامتهم على عدم الكراهة.

قال العيني: وبه أفتوا، لا سيما في زماننا (**حلفه على ماض**) شروع في أقسام اليمين بالله تعالى لأن كلاً من الغموس واللغو لا يتصور في اليمين بغيره لأن تعليق الطلاق والعتاق والنذر بأمر كائن في الماضي لا يتحقق فيه اللغو والغموس لأن الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذر، سواء كان وقت اليمين عالماً أو لم يكن كذا في «الشرح» فإن قلت: هذا منقوض بما لو قال: هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا لشيء قد فعله فإنه غموس مع أنه ليس يميناً بالله تعالى، قلت: هو كناية عن اليمين بالله تعالى وإن لم يعقل وجه الكناية كما صرح به في «البدائع».

قال في «الحواشي السعدية»: ولم يقل كغيره: هي ثلاثة لعدم انحصارها فيها إذ اليمين الصادقة على الماضي كقوله: والله إني لقائم الآن في حال قيامه ليست منها مع أنها يمين، وأجاب صدر الشريعة بأن المراد بها اليمين التي اعتبرها الشرع ورتب عليها الأحكام ورده في «البحر» بأن عدم الإثم فيها حكم وفيه نظر، (**كذباً عمداً**) حالان من الضمير أي: كاذباً متعمداً (**غموس**) لأنها تغمس صاحبها في الذنب ثم في النار فعول بمعنى فاعل والماضي يشمل الفعل والترك فإن قلت: لو قال: والله إن هذا حجر كيف يصح أن يقال: إنه حلف على الفعل؟ قلت: يقدر كان أو يكون إن أريد الماضي والمستقبل فإن قلت: الحلف كما يكون على الماضي يكون على الحال فَلِمَ لم يذكر أيضاً وهو من أقسام الحلف؟ قلت: لم يذكره لمعنى دقيق هو أن الكلام يحصل أولاً في النفس فيعبر عنه باللسان فإذا أتم التعبير به انعقد اليمين فزمان الحلف صار ماضياً بالنسبة إلى زمان انعقاد اليمين فإذا قال: كتبت فلا بد من الكتابة قبل ابتداء التكلم، وأما إذا قال: سوف أكتب فلا بد من الكتابة بعد الفراغ من التكلم في ابتداء الزمان الذي من ابتداء التكلم إلى آخره فهو زمان الحال بحسب العرف وهو ماض بالنسبة إلى أن الفراغ وهو آن انعقاد اليمن فيكون الحلف عليه الحلف على الماضي كذا في «شرح الوقاية»، وهذا التكليف لم يعتبره شراح «الهداية» بل قالوا: التقييد بالماضي بناء على الثلاث إذ الحلف على الحال أيضاً كذلك كوالله ما لهذا علي دين وهو يعلم خلافه (و) حلفه على ماض (**ظناً**) أن الأمر كما قال من فعل أو

لغواً وأثم في الأولى دون الثانية وعلى آت منعقدة، وفيها كفارة فقط، ....

ترك أو صفة وهو بخلافه **(لغواً)**. قال في «المغرب»: اللغو الباطل من الكلام ومنه اللغو في الأيمان لما لا يعقد عليه القلب وقد لغى في الكلام يلغو ويلغى ومنه فقد لغوت والماضي ليس بقيد أيضاً، كما في «البدائع» وما مر من التكلف باقٍ هنا **(وأثم)** الحالف أي: استحق العقوبة **(في الأولى)** أي: في الغموس لرواية البخاري «الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس» ومن ثم قال السرخسي: إن إطلاق اليمين عليها مجاز لأنها عقد مشروع وهذه كبيرة محضة، وجاء في كثير من الروايات تقييد الوعيد فيها بأن يقطع بها حق امرئ مسلم ومن ثم قال في «البحر»: ينبغي / أن تكون كبيرة إذا اقتطع بها مال مسلم أو أذاه، وصغيرة إذا لم يترتب عليها مفسدة، وأنت خبير بأن هذا ينافي إطلاق ما روينا وما قدمناه عن شمس الأئمة صريح فيه ومعلوم أن إثم الكبائر متفاوت **(دون الثانية)** وهو اللغو لقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾ [البقرة: ٢٢٥] وقول محمد فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها على ما علمت من النص مشكل، وأجيب إنما علق نفي المؤاخذة بالرجاء للاختلاف في تفسير اللغو فإن تفسير الشافعي له بكل يمين صدر من غير قصد في الماضي والمستقبل لبيان ما مر من أن تفسيره إذ الظن لا يكون إلا عن قصد، وقال ابن جبير: هو أن يحرم على نفسه ما أحل الله من قول أو عمل فلما اختلف في معناه علقه بالرجاء. [٢٧٦/ب]

قال في «الفتح»: والأصح أن اللغو بما ذكر من التفاسير متفق على عدم المؤاخذة به في الآخرة وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالأوجه ما قيل: إنه لم يرد به التعليق بل التبرك باسمه تعالى والتأدب انتهى.

وأقول: اختلف المتأخرون في المؤاخذة المنفية فقيل: المعاقبة في الآخرة وقيل: هي المؤاخذة بالكفارة كما في «الكشاف» وغيره، والثاني أظهر بدليل ما بعده ولا شك أن تفسير اللغو على أمرنا ليس أمراً مقطوعاً به إذ الشافعي قائل بأن هذا من المنعقدة فلا جرم علقه بالرجاء وهذا معنى دقيق ولم أر من عرج عليه (و) حلفه **(على آت منعقدة)** أي: على أمر يفعله أو لا يفعله ويجب أن يراد بالفعل فعل الحالف ليخرج نحو والله لا أموت ولا تطلع الشمس فإنها في هذين غموس.

قال في «الحواشي اليعقوبية»: لقوله تعالى: ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ [المائدة: ٨٩] **(وفيها الكفارة)** لقوله تعالى: ﴿واحفظوا أيمانكم﴾ [المائدة: ٨٩] ولا يتأتى الحفظ والهتك إلا في المستقبل، وقوله **(فقط)**، قال الشارح: لا معنى له لأن في المنعقدة إثماً أيضاً ولفظ الكفارة ينبئ عنه إذ هي الساترة للإثم.

ولو مكرهاً أو ناسياً أو حنث كذلك، واليمين بالله تعالى،........

وأجاب العيني بأنه أشار بذلك إلى أنها لا تجب إلا فيه ولا تجب في الغموس، قال في «البحر»: ولا نسلم أن الإثم لازم للمنعقدة بل يكون الحنث واجباً ويكون مستحباً والعجب أنه بعد يسير ناقض نفسه إذ قال: لو فعله الحالف وهو مغمى عليه أو مجنون حنث لتحقق الشرط حقيقة، ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدور على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب.

وأقول: في الثاني نظر إذ المدعى أن في المنعقدة إثماً وتخلفه فيما ذكر لعارض فلا يرد (**ولو**) كان الحالف (**مكرهاً أو ناسياً**) أراد به المخطئ كما إذا أراد أن يقول: اسقني الماء فقال: والله لا أشرب الماء، وفي «الكافي» وعليه اقتصر في «العناية» «والفتح» هو من يلفظ باليمين ذاهلاً عنه والملجئ إلى ذلك أن حقيقة النسيان في اليمين لا تتصور قاله الشارح، وقال العيني وتبعه الشمني بل يتصور بأن حلف أن لا يحلف ثم نسي الحلف السابق فحلف ورده في «البحر» بأنه فعل المحلوف عليه ناسياً لا أن حلفه كان ناسياً انتهى.

وفيه نظر إذ فعل المحلوف عليه ناسياً لا ينافي كونه يميناً بدليل أنه يكفر مرتين مرة باعتبار أنه فعل المحلوف عليه وأخرى باعتبار حنثه في اليمين وأورد أن حقيقة اليمين أعني تقوية أحد طرفي الخبر لا يتأتى في الناسي إذ لا اختيار له وأجيب بأن هذا هو القياس لكنه ترك بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق واليمين»[1] ورده في «الفتح» بأن حديث اليمين لا دلالة فيه على المدعى بتقدير ثبوته لأن المذكور فيه جعل الهزل باليمين جد والهازل قاصد لليمين غير راض فلا يعتبر عدم رضاه به شرعاً بعد مباشرة السبب مختاراً والناسي بمعنى الذاهل لم يعتقد شيئاً وكذا المخطئ لم يقصد التلفظ به بل شيئاً آخر فلا يكون الوارد في الهازل، وأراد في الناسي (**أو حنث كذلك**) أي: مكرهاً أو ناسياً لأن الفعل حقيقة لا ينعدم بالإكراه والنسيان وهو الشرط كذا قالوا وهذا يفيد أن معنى الإكراه عليه أنه أكره أن يفعل المحلوف فلو لم يفعله كما لو حلف أن لا يشرب فصب الماء في حلقه مكرهاً فلا حنث عليه، (**واليمين**) مستقرة (**بالله**) أي: بهذا الاسم ولو بغير هاء كما هو عادة الأتراك / كذا في «المجتبى» وفيه إيماء إلى أنه [١/٢٧٧] لا بد أن يكون خاصاً وعلى هذا تفرع ما في «الخلاصة» باسم الله ليس يمين إلا بالنية وبالواو يمين وفي «الفتح» تبعاً لما في «المحيط» المختار أن اسم الله (**تعالى**) ليس

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٩٣).

والرحمن والرحيم وعزته وجلاله وكبريائه وأقسم، وأحلف وأشهد ....

بيمين لعدم التعارف وعلى هذا بالواو لأن نصارى ديارنا تعارفوه **(والرحمن الرحيم)** ومنه والذي لا إله إلا هو رب السموات والأرض رب العالمين ومالك يوم القيامة والأول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء والطالب والغالب يمين لتعارف أهل بغداد الحلف به ويلزم عليهما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الأسماء من الكتاب والسنة لأنه لم يسمع إلا الغالب، وأما كونه على القول المفصل في الأسماء كذا في «فتح القدير».

وأفاد إطلاقه أنه لا فرق بين أن يتعارفوا الحلف به أو لا وهو الصحيح، وقيل: كل اسم لا يسمى به غيره تعالى كالله والرحمن فهو يمين، وما يسمى به غيره كالحكيم والعليم فإن أراد به اليمين كان يميناً وإلا لا، ورجحه بعضهم بأنه حيث كان مستعملاً لغيره تعالى أيضاً لم يتعين إرادة أحدهما إلا بالنية، ورده الشارح بأن دلالة القسم معينة لإرادة اليمين إذ القسم بغيره تعالى لا يجوز، نعم إذا نوى غيره صدق لأنه نوى محتمل كلامه، وأنت خبير بأن هذا منافٍ لما قدمه من أن العامة يجوزون الحلف بغيره تعالى **(وعزته وجلاله وكبريائه)** بيان للحلف بالصفة، والمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتاً ولا يحمل عليها فهو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم، قال في «البحر»: ولم يقيد الحلف بالصفات بالعرف ولا بد منه.

وأقول: ممنوع فقد أشار إلى ذلك بقوله لا بعلمه إلى آخره وعن هذا تم حكم محمد في قوله وأمانة الله تعالى أنه يمين ثم سئل عن معناه فقال: لا أدري لأنه رآهم يحلفون به لكن وجهه أن الحالف به أراد معنى والله الأمين فالمراد الأمانة التي تضمنتها لفظة الأمين وأفاد إطلاقه أنه لا فرق بين كونها صفة ذات أو فعل وهو الصحيح ولا خفاء أن ما جاز أن يوصف الله تعالى به وبضده كالغضب والرضا فهو من صفات الفعل، وما لا يجوز أن يوصف بضده كالجلال فهو من صفات الذات، والمراد بصفات الأفعال صفات تدل على تأثير لها اسماً غير اسم القدرة يجمعها اسم التكوين فإن كان ذلك الأثر مخلوقاً فالاسم الخالق والصفة الخلق أو رزقاً فالاسم الرازق والصفة الترزيق أو حياة فهو المحيي أو موتاً فهو المميت، فمتأخرو الحنفية أنها صفات قديمة زائدة على صفة الذات والأشاعرة يقولون: ليست صفة التكوين سوى صفة القدرة باعتبار تعلقها بإيصال الأرزاق (و) قوله: **(أقسم)** وأعزم **(وأحلف وأشهد)** بفتح الهمزة والهاء وضمها وكسر الهاء خطأ وكان حالفاً بهذه الألفاظ لأنها حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال، ولهذا لا ينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه،

وإن لم يقل بالله، ولعمر الله، وأيم الله، ....

وما قيل من أنه في العرف كذلك كأشهد أن لا إله إلا الله وكذا قول الشاهد أشهد ففيه نظر، لأن ذلك بدلالة الحال إلا أنه في نفسه كذلك عرفاً قيد بالمضارع لأنه محل الخلاف بيننا وبين الشافعي، أما الماضي نحو حلفت أو أقسمت أو شهدت بالله لأفعلن فيمين بلا خلاف كذا في «الفتح» إلا أنه في شرح «المجمع» حكى الاتفاق على أن أشهد بالله يمين.

واعلم أنه وقع في «النهاية» وتبعه في «الدراية» أن مجرد قول القائل أقسم أو أحلف يوجب الكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث تمسكاً بما في «الذخيرة» أن قوله: علي يمين موجب للكفارة وأقسم ملحق به وهذا وهم بين إذ اليمين بذكر المقسم عليه وما في «الذخيرة» معناه إذ أوجد ذكر المقسم عليه وانقضت اليمين وترك ذلك للعلم به يفصح عن ذلك قول محمد في «الأصل» واليمين في الله تعالى أو أحلف أو أقسم إلى أن قال: وإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا فحنث وجبت عليه الكفارة، **(وإن لم يقل بالله)** لقوله تعالى: ﴿إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين﴾ [القلم: ١٧] وقوله تعالى: ﴿يحلفون لكم لترضوا عنهم﴾ [التوبة: ٩٦] وفي الآية الأخرى ﴿اتخذوا أيمانهم جنة﴾ [المجادلة: ١٦] وادعى في «فتح القدير» أن أقسموا مجرد عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ذلك القسم كأن قولهم نقسم ليصرمنها/ ومثله في يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم كون [٢٧٧/ ب] حلفهم بلفظ الحلف أصلاً فضلاً عن لفظ الحلف يصدق بالمدعى، فإن أقسموا إخبار عن قسم واقع منهم وهو صادق بقوله كل واحد أقسم لأصرمنها مصبحاً وكذا في يحلفون لكم أحلف لك ما فعلت كذا وهذا القدر كاف في الاستدلال به على المدعي (و) بقوله أيضاً **(لعَمر الله)** بفتح العين أي: بقاؤه وهو من صفات الذات فكأنه قال: وبقاء الله والضم وإن كان بمعنى البقاء أيضاً إلا أنه لا يستعمل في القسم، قال الرضي: لأن القسم موضع التخفيف لكثرة استعماله وظاهر أنه مع اللام مرفوع على الابتداء والخبر محذوف وجوباً، أي: قسمي وحذف لسد جواب القسم مسده ومع حذفها منصوب نصب المصادر وحرف القسم محذوف تقول: عمر الله ما فعلت.

قال في «الفتح»: وأما قولهم: عمرك الله ما فعلت فمعناه بإقرارك له بالبقاء وينبغي أن لا ينعقد يميناً لأنه حلف بفعل المخاطب وهو إقراره واعتقاده انتهى.

وفي «البزازية» وسلطان الله يمين في الأصح إن أراد به قدرة الله تعالى (و) بقوله **(أيم الله)** جمع يمين عند الفراء سقطت نونه وهمزته في الوصل تحقيقاً ثم

وعهد الله وميثاقه وعليّ نذر، ونذر الله وإن فعل كذا فهو كافر لا....................

خففت أيضاً فقيل أمر الله وهو قول الأكثر، وعند سيبويه كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الأول اجتلبت لها الهمزة للنطق وكان يميناً لقوله عليه الصلاة والسلام: «تطعنون في إمارته فقد كنتم تطعنون في إمارة أبيه من قبل وأيم الله أن كان لخليقاً بالإمارة»[١] أخرجه البخاري، وهو في الحديث بكسر الميم لواو القسم وإنما يضم إذا لم يكن في أول حرف القسم نبه عليه بعضهم وهو ظاهر (و) بقوله (**عهد الله**) لأفعلن كذا (و) بقوله أيضاً (**ميثاقه**) أي: ميثاق الله بمعنى عهده ولنا الذمة وكذا سمي الذمي معاهداً والأمانة قال الله تعالى: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها﴾ [النحل: ٩١]، وقد غلب استعمالها بمعنى اليمين ثم إذا نوى غيره بأن نوى العبادات لم يكن يميناً.

(و) بقوله (**علي نذر و**) علي (**نذر الله**) لأفعلن كذا، وهذا القيد أعني ذكر المحلوف عليه لا بد منه في كونه يميناً وإن لم يذكره لا يكون يميناً لأن اليمين إنما يتحقق بمحلوف عليه إلا أنه يلزمه الكفارة لأن هذا التزام لها ابتداء بهذه العبادة، هذا إذا لم ينو بالقدر المطلق شيئاً من القرب المقصودة التي يصح النذر بها كالحج ونحوه فإن نواه لزمه ما نوى، وإن ذكر صيغ النذر بأن قال: لله علي صلاة ركعتين أو صوم يوم مطلقاً عن الشرط أو معلقاً به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله علي نذر صوم يومين مطلقاً أو منجزاً فسيأتي في الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر، كذا في «الفتح» يريد أن لفظ النذر يكون يميناً ونذراً إذا نوى به قربة وأما صيغة النذر فلا يكون يميناً البتة.

(و) بقوله: (**إن فعل كذا فهو كافر**) أو يهودي أو نصراني، أو قال: فاشهدوا علي بالنصرانية كما في «الولوالجية» إلحاقاً له بتحريم الحلال لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر وقد اعتقده واجب الامتناع وأمكن القول بوجوبه لغيره جعلناه يميناً، وكذا لو قال: فأنا أعبدك من دون الله أو أعبد الصليب كما في «المجتبى» قيد بكون اليمين على فعل مستقبل لأنه لو كان على ماض كإن كنت فعلت كذا فهذا كافر وهو عالم أنه فعله كان غموساً، واختلف في كفره، والأصح أنه يمين لا يكفر بالماضي وإن كان جاهلاً أو عنده أن الكفر بالغموس أو بمباشرة الشرط في المستقبل يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر، واختلف أيضاً في قوله: يعلم الله أنه فعل كذا ولم يفعله وهو يعلم خلافه وعامتهم على أنه يكفر وقيل: لا يكفر وهو رواية عن أبي يوسف لأنه قصد ترجيح الكذب دون الكفر، كذا في «المجتبى» (**لا**) يكون

---

(١) أخرجه البخاري في المناقب (٣٧٣٠)، ومسلم في فضائل الصحابة (٢٤٢٦).

بعمله، وغضبه، وسخطه، ورحمته. والنبي، والقرآن والكعبة، وحق الله..............

اليمين بقوله (**بعلمه**) أي: بعلم الله تعالى (**وغضبه وسخطه ورحمته**) لأفعلن كذا لعدم تعارف الحلف بها ولأن العلم قد يراد به المعلوم والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ويراد بالرحمة أثرها وهو الجنة، ومن ثم قلنا: لو قال: وعذاب الله وثوابه ورضاه ولعنته أنه لا يكون يميناً.

وفي «البدائع» لو قال: لا إله إلا الله أو سبحان الله والله أكبر لأفعلن كذا لا يكون يميناً لعدم ...[1]، وملكوت الله وجبروته يمين لأنه من صفاته التي لا تستعمل إلا في الصفة وفي «الخانية» لو قال: بصفة الله لا أفعل / كذا لا يكون يميناً [٢٧٨/أ] لأن صفاته ما يكون في غيره ولا بقوله (**والنبي والقرآن والكعبة**) لأفعلن كذا، أما النبي والكعبة فلخبر «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» متفق عليه، وأما القرآن فلأنه غير متعارف.

قال في «الفتح»: ولا يخفى أن الحلف به متعارف فيكون يميناً كما هو قول الأئمة الثلاثة، قال العيني: وعندي أنه لو حلف بالمصحف أو وضع يده عليه وقال: (**وحق**) هذا فهو يمين ولا سيما في زماننا الذي كثرت فيه الأيمان الفاجرة ولا خلاف أنه لو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من النبي أو من كلام (**الله**) القائم به انعقد يميناً، وكذا لو قال: فأنا بريء من الإسلام أو من القبلة أو من المؤمنين أو من الصلاة والصوم أو من صوم رمضان أو من المصحف كما في «المجتبى».

ولو قال: من شهر رمضان فإن أراد به البراءة عن فرضه كان يميناً فإن أراد عن أجره لا يكون يميناً ولو قال: فأنا بريء من كل آية من المصحف فيمين واحدة، وكذا لو قال: من الكتب الأربعة أو من الله ورسوله، ولو كرر لفظ بريء كان عليه كفارتان، ولو زاد الله ورسوله بريئان منه كان عليه أربع كفارات ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله ألف مرة كان عليه كفارة واحدة، وفي «الخانية» لو قال: دين الله وطاعته أو حدوده أو شريعته أو المصحف لا يكون يميناً والله الموفق.

فـــرع

قال في «الفتح»: بحياتك أو حياة رأس السلطان إن اعتقد أن البر فيه واجب كفر وفي تتمة «الفتاوى» قال علي الرازي: أخاف على من قال بحياتي وحياتك أن يكفر، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت: إنه شرك، ولا بقوله: حق الله عندهما، وإحدى الروايتين عن الثاني أن حق الله يراد به طاعته أداء الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادراً شرعاً حتى كأنه حقيقة حيث لا يتبادر سواه واستدل الشارح وغيره

---

(١) العبارة في البدائع كما يلي (١٣/٣): لا يكون يميناً إلا أن ينوي اليمين.

وإن فعلته فعليّ غضب اللّه وسخطه أو أنا زان، أو سارق أو شارب خمر، أو آكل ربا وحروفه الباء، ....

على ذلك بقوله ﷺ حين سئل ما حق الله على العباد؟ فقال: «أن لا يشركوا به شيئاً»(١) حينئذٍ وليس بشيء لأن صلته بلفظ على العبادتين المراد بأنه غير وجوده وحقيقته، والكلام في غير المقرون مما يدل على أحد المعنيين، وعن أبي يوسف أنه يمين.

قال في «الاختيار»: والله المختار للتعارف ورده في «فتح القدير» بأن التعارف إنما يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله وصفة غيره ولفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة الله بل هو من حقوقه، قيد بالمضاف لأن المعرف بين إجماعاً واعترض بأنه الحق المعروف يطلق على غيره تعالى ومنه ﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾ [يونس:٣٢]، ﴿فلما جاءهم الحق من عندنا﴾ [غافر:٤٥] فكيف يكون يميناً بلا خلاف؟ وأجيب بأنه إن نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يميناً وإلا فلا، وأنت خبير بأنه على المختار إذا ثبت كونه اسماً لله تعالى لا تعبير فيه النية وإن أطلق على غيره ولو نكره لا يكون يميناً، لأنه يراد به تحقيق الوعد فصار كأنه أفعل كذا حقيقة لا محالة، قال قاضي خان: والصحيح أنه إن أراد به اسم الله يكون يميناً وفي «المجتبى» بحرمة الله كحق الله وفي «فتاوى النسفي» بحرمة شهد اللّه أو لا إله إلا الله ليس بيمين والله الموفق، (و) لا بقوله: (**إن فعلته فعلي غضب الله أو سخطه**) لأنه دعا على نفسه ولم يتعارف الحلف به (أو) إن فعلته (**فأنا زان أو سارق أو شارب خمرٍ أو آكل ربا**) لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الله تعالى، ولأنه ليس بمتعارف كذا في «الهداية» ومعنى احتمال النسخ فيها أن حرمتها تحتمل السقوط أما الخمر فظاهر، وأما السرقة فعند الاضطرار، وكذا إذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وأما الزنا ففي دار الحرب وعلى هذا تفرع ما لو قال: هو الميتة أو يستحل الخمر والخنزير إن فعل كذا لأنه علقه بما يسقط حرمته بحال ما كما في «المجتبى» بخلاف حرمة اسم الله تعالى فإنها لا تحتمل السقوط.

قال في «الفتح»: وهذا فيه نظر لأن كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو لا تحتمل لا أثر له فإنه إن كان يرجع إلى تحريم المباح فهو يمين وإلا لا، وظاهر كلامهم أنه لو تعورف الحلف به كان يميناً فظاهر ما في «الفتح» يفيد أنه لو تعورف الحلف به لا يكون يميناً حيث قال: إن مضي اليمين أن يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد الفعل يصير زانياً أو سارقاً لأنه لا يكون / [٢٧٨/ب] كذلك إلا بفعل مستأنف يدخل في الوجود بخلاف الكفر فإنه بالرضى به يكفر من غير توقف على عمل آخر (**وحروفه**) أي: القسم (**الباء**) قدمها لأنها الأصل إذ هي

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٢٨٥٦)، ومسلم في الإيمان (٣٠).

والواو، والتاء وقد تضمر ....

صلة الحلف، والأصل أقسم أو أحلف حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ومعناها الإلصاق لأنها تلصق فعل القسم بالمحلوف به ولأصالتها دخلت على المظهر والمضمر (والواو) أعقبها بها لأنها بدل منها لمناسبة معنوية وهي في الإلصاق من الجمع التي هي معنى الواو للبدلية انحطت عنها فدخلت على المظهر فقط (والتاء) ثلّث بها لأنها بدل عن الواو وإذ هي من حروف الزيادة أبدلت كثيراً منها كترات فانحطت عنها درجتين فلم تدخل على المظهر إلا على اسم الله وترب الكعبة.

قال الشارح: وبقي لام القسم وحرف التشبيه وهمزة الاستفهام وقطع ألف الوصل والميم المكسورة والمضمومة في القسم ومن كقوله: وهاء الله ومراد الله ومن الله (وقد تضمر) حرف القسم فيكون حالفاً بقوله: الله لا أفعل لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً، ثم قيل: ينتصب لنزع حرف خافض وقيل: ينخفض ليكون الكسر دلالة على المحذوفة كذا في «الهداية» وفيه بحثان: الأول أن التعليل بالحذف لا يطابق فكأنه أراد به الإضمار تسامحاً والفرق أن الإضمار يبقى أثره بخلاف الحذف، كذا في «الدراية»، قال في «الفتح»: وعلى هذا فينبغي أن يكون في حالة النصب محذوفاً وفي الجر مضمراً.

وأقول: الظاهر أن المراد بالإضمار عدم الذكر فيصدق بالحذف وحينئذ فالتعليل مطابق، وهذا لأنه كما يكون حالفاً مع بقاء الأثر يكون أيضاً حالفاً مع النصب بل هو الكثير في الاستعمال وذاك شاذ والتزام ذلك الاصطلاح للفقهاء غير لازم وإذا تحققت هذا ظهر أن ما في «البحر» لم يقل يحذف للفرق بينهما، وذكر ما مر بمعزل عن التحقيق لما قد علمت من أنه يكون حالفاً مع الحذف أيضاً، الثاني: أن قوله: ثم قيل حينئذ ظاهر في نقل الخلاف تبعاً للسرخسي فيه نظر، إذ هما وجهان سائغان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف وكون النصب بنزع الخافض ممنوع بل هو عند النحاة بفعل القسم لما حذف أفضل الفعل به وحكى الرفع فقيل على أنه خبر لمحذوف والأولى أن يكون المضمر هو الخبر لما عرف من أن الإجماع على أن أعرف المعارف هو الاسم الكريم قيد بحرف القسم لأن إضمار حرف التأكيد، أعني النون واللام في المقسم عليه لا يجوز.

قال في «المحيط»: والحلف بالعربية أن يقول في الإثبات :والله لأفعلن كذا مقروناً بجملة التأكيد وفي المنفي يقول: والله لا أفعلن كذا والله ما فعلت كذا حتى لو قال: والله أفعل كذا اليوم كان بمعنى قوله لأفعل فتكون لا مضمرة لأن الحلف في

وكفارته تحرير رقبة، أو إطعام عشرة مساكين كهما في الظهار، أو كسوتهم بما يستر عامة البدن فإن عجز عن أحدهما صام ثلاثة أيام متتابعة، ....

الإثبات عند العرب لا يكون إلا بحرف التأكيد وهو اللام والنون، وإضمار الكلمة تستعمل بخلاف إضمار بعضها في البعض فإنه غير مستعمل (**وكفارته**) أي: اليمين بمعنى الحلف أو القسم فلا يرد أنها مؤنثة سماعاً وهذا من إضافة الشيء إلى شرطه، إذ السبب كما سيأتي إنما هو الحنث (**تحرير رقبة**) أو إعتاقها، ولم يقل: عتق رقبة لأنه لو ورث من يعتق عليه فنواه عن الكفارة لم يجز، (**أو إطعام عشرة مساكين كهما**) أي: كالتحرير والإطعام (**في**) كفارة (**الظهار**) المتقدم من كونها غير فائت جنس المنفعة منها ولا مستحقة للحرية بجهة، وفي الإطعام، أما التمليك والإباحة فيعشيهم ويغديهم ولو أطعم خمسة وكسى خمسة أجزأه ذلك عن الإطعام إن كان أرخص من الكسوة وعلى العكس لا يجوز هذا في إطعام الإباحة، أما إذا ملكه فيجوز ويقام مقام الكسوة، ولو أعطى عشرة كل واحد ألف مد من الحنطة عن كفارات اليمين لا يجوز إلا عن واحدة عند الإمام والثاني وكذا في كفارة الظهار وكذا في «الخلاصة».

وفي «الخانية» لو أعطى عشرة كل واحد مداً مداً فاستغنوا ثم افتقروا، وأعاد عليهم مداً مداً عن أبي يوسف لا يجوز لأنهم لما استغنوا بطل ما أدى فصار كما لو أدى إلى مكاتب مثلاً فرد في الرق ثم كوتب ثانياً فأعطاه مداً لا يجوز (**أو كسوتهم**) لقوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] الآية والتخيير/ لا [٢٧٩/أ] يمنع صحة التكليف كما ظنه من أوجب الكل مع السقوط بالبعض لأن صحته بإمكان الأمثال وهو ثابت بفعل أحدهما وقد قالوا: لو فعل الكل وقع عن الكفارة ما كان أعلى قيمة فإن قلت: إذا فعل واحداً بعد واحد وقع الأول عن الكفارة فكيف يتعين الأعلى؟ قلت بأن فعل الكل جملة ناوياً أن يكون الكل عن الكفارة أو مرتباً ولم ينوِ أن يكون الكل عن الكفارة إلا بعدما تمت، وهذا لأن النية في التكفير لا بد من وجودها كما في «الفتح» وبترك الكل يعاقب على الأدنى ونبه بقوله (**بما يستر عامة البدن**) أنَّ المراد بالكسوة ما يثبت به اسم المكتسي وينبغي عند اسم العريان فلا يجزئ إلا نحو القميص والجبة والإزار السائل الذي يتوشح به، وفي المرأة لا بد من الخمار مع الثوب أما العمامة والسراويل فلا إلا أنه يجزئ عن الإطعام باعتبار القيمة ثم قيل: يعتبر في الثوب حال القابض.

قال السرخسي: والأشبه بالصواب أنه يكفي أن يصلح للأوسط (**فإن عجز**) الحانث (**عن أحدهما**) أي: الإعتاق والإطعام والكسوة (**صام ثلاثة أيام**) لقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة: ٨٩] (**متتابعة**) لقراءة ابن مسعود

ولا يكفر قبل الحنث، ومن حلف على معصية ينبغي أن يحنث، ويكفر ولا كفارة على كافر، وإن حنث مسلماً،..........................

متتابعات والمراد بالعجز أن لا يفضل عن حاجته قدر ما يكفر به فإن فضل لا يجزئه الصوم في ظاهر المذهب ولو كفر بالصوم ناسياً لرقبة أو طعام أو كسوة في ملكه، فالصحيح أنه لا يجزئه كذا في «المجتبى».

وقياس ما مر أنه لو صام لعجزه فظهر أن له مالاً وعليه دين فإن قضى دينه بذلك المال كفر بالصوم وإن صام قبل قضاء الدين قيل: يجوز وقيل: لا ولا كلام أنه لو كان ماله غائباً أو دينه مؤجلاً فصام أنه يجوز هذا إذا لم يكن الغائب عبداً، فإن كان عبداً يجوز في الكفارة ولا يجوز له الصوم ويعتبر العجز وقت الأداء لا وقت الحنث حتى لو وهب ماله وسلمه ثم صام ثم رجع عن الهبة أجزأه الصوم وقيد بالتتابع لأن التفريق غير جائز ولو لعذر الحيض كما في «الخلاصة» ولا بد من بقاء العجز إلى إتمام الصوم حتى لو أيسر أو أعتق العبد قبل أن يفرغ من الصوم ولو ساعة فأصاب مالاً استأنف التكفير بالمال، (**ولا يكفر**) الحالف بالمال ولا بالصوم (**قبل الحنث**) حتى لو كفر لم يقع ما أداه كفارة وإن وقع تطوعاً حتى منع من استرداده من الفقير لأنها تستر الجناية، ولا جناية قبل الحنث، كذا قالوا وفيه نظر إذ كون الحنث جناية مطلقاً ممنوع لأنه قد يكون فرضاً على ما سيأتي.

وأجاب بعضهم بأن هذا كلام خرج مخرج الظاهر المتبادر من إخلال المحلوف عليه (**ومن حلف على**) فعل (**معصية**) نفياً كلا يصلي الظهر أو لا يكلم أباه أو إثباتاً نحو ليشربن الخمر اليوم (**ينبغي**) أي: يجب (**أن يحنث ويكفر**) لأنه أهون الأمرين، وارتكابه واجب إذا لم يكن بد من ارتكاب أحدهما، وظاهر أن وجوب الحنث لا يتأتى إلا في اليمين المؤقتة لأنه في المطلقة لم يحنث إلا في آخر جزء من أجزاء حياته فيوصي بالكفارة إذا هلك الحالف، ويكفر إذا هلك المحلوف عليه قيد بكونه معصية لأنه لو لم يكن فتارة يكون الحنث أولى، كالحلف على ترك وطء زوجته شهراً أو ضرب عبده أو شكاية مديونه إن لمْ يوفِ به وتارة يكون البر أولى كما إذا حلف أن لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب، ولو قيل: إنه واجب بقوله تعالى: ﴿واحفظوا أيمانكم﴾ [المائدة: ٨٩] على ما هو المختار في تأويلها أنه البر فيها أمكن كذا في «الفتح».

وبقي قسم رابع وهو أن يكون المحلوف عليه واجباً قبل الحلف نحو لأصلين الظهر اليوم فإن البر فيه فرض، وكذا إذا كان المحلوف عليه ترك معصية فيثبت وجوبان لأمرين الفعل والبر كذا في «البحر» (**ولا كفارة**) تجب (**على كافر، وإن حنث مسلماً**)

ومن حرم ملكه لم يحرم، وإن استباحه كفر..........................

لعدم أهليته لليمين لقوله تعالى: ﴿إنهم لا أيمان لهم﴾ [التوبة:١٢] وعن هذا قلنا: إنه لو ارتد بعدما حلف مسلماً ثم أسلم فحنث لا يلزمه الكفارة وكذا لو نذر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شيء وقوله تعالى: ﴿وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم﴾ [التوبة: ١٢] فالمراد بها صور الأيمان التي أظهروها وأما تحليف القاضي وقوله ﷺ: «تبرئكم اليهود بخمسين يميناً»[١] فالمراد كما قلنا صور الأيمان إذ المقصود منها رجاء النكول والكافر وإن ثبت اليمين في حقه شرعاً لكنه يعتقد حرمة اليمين بالله تعالى فيمتنع عنه فشرع إلزامها بصورة لهذه الفائدة **(ومن حرم ملكه)** على نفسه بأن قال/ مالي أو ثوبي أو جاريتي أو ركوب دابتي علي حرام **(لم يحرم)** [٢٧٩/ب] لأن فيه تغيير المشروع، والقادر على ذلك إنما هو رب العالمين **(وإن استباحه)** أي: طلب أن يكون مباحاً كما كان **(كفر)** فيه إيماء إلى أنه يمين وكان كذلك لقوله تعالى: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم: ٢] بعد قوله: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾ [التحريم:١] قال أنس: «كانت له أمة يطؤها فلم تزل عائشة وحفصة به حتى حرمها على نفسه»[٢] رواه النسائي قيل: فيه نظر لأنه ﷺ حلف صريحاً فنزلت بأن قال: «والله لا أقربها»[٣]، كما في «الكشاف».

وأجاب في «الفتح»: بأن الحلف لم يذكر في الآية ولا في الحديث فلا يجوز أن يحكم به وتقيد به حكم النص، وقيل: إنما حرم الفعل والتقييد بالملك اتفاقي فإن نحو كلام زيد علي حرام، يمين وعبارة القدوري ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه لم يحرم، قال في «الفتح»: لو أريد بلفظ شيئاً ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد انتهى.

وهو ظاهر في أن القول داخل في مسمى الملك أيضاً، وهذا لأنه القدرة على المتصرف والتصرف في كل شيء مما يليق به ويدل عليه قولهم بصحة الإجارة على الأقوال، كالأذان وهي تمليك المنافع، فالأقوال منافع مملوكة وعليه فهو أيضاً اتفاقي لأن قوله: هذا الطعام علي حرام لطعام لا يملك أيضاً لأن حرمته لا تمنع كونه حالفاً، ألا ترى أنه لو قال الخمر علي حرام فالمختار للفتوى أنه إن أراد الإنشاء كفر، أو الإخبار

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦٩)، والترمذي في السنن (١٤٢٢).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/٥٣٥) رقم (٣٨٢٤)، والنسائي في المجتبى (٣٩٥٩).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٣٥٣) رقم (١٤٨٥٦).

كل حل عليّ فهو حرام على الطعام، والشراب، ....

لم يكفر وعند عدم النية لا تلزمه الكفارة كذا في «الذخيرة» وفيها من فصل الأكل الصحيح أنه إذا قال: الخمر والخنزير علي حرام كان يميناً.

وفي «الفتح» لو قال: الخنزير علي حرام فليس يمين إلا أن يقول: إن أكلته وقيل: هو قياس الخمر وهو الوجه، واعلم أن الظاهر من تحريم الأعيان تحريم الفعل المقصود منها فلو قال: هذا الثوب علي حرام حنث بلبسه إلا أن ينوي غيره، ولو قال: كل طعام آكله في منزلك فهو علي حرام، ففي القياس لا يحنث بأكله وبالاستحسان يحنث لأن الناس يريدون بهذا أن أكله حرام كذا في «الخلاصة» وعلى هذا فيجب أن يحنث في قوله: إن أكلت طعاماً يأكله ولو قال: مالي علي حرام فأنفق منه شيئاً حنث، وكذا مال فلان علي حرام فأكل منه وأنفق حنث ولو تصدق أو وهب لم يحنث بحكم العرف كذا في «المحيط»، ولو قال لقوم: كلامكم علي حرام حنث وفي مجموع «النوازل» وكذا كلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام أحدهما وكذا فلان وفلاناً وفلاناً، الصحيح أنه لا يحنث في المسألتين ما لم يكلمهما إلا أن ينوي كلام واحد منهما فيحنث بكلام أحدهما لأنه شدد على نفسه، ولو حلف لا يكلمهما ونوى واحد لا يحنث بكلام أحدهما انتهى.

وفي «الخانية» قال مشايخنا: الصحيح أنه لو قال أكل هذا الرغيف علي حرام لا يحنث بأكل اللقمة منه لأن هذا بمنزلة قوله: والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض وجزم في «الخلاصة» في أكل الرغيف علي حرام بأنه يحنث وبه جزم في «المحيط» أيضاً بخلاف والله لا آكل هذا الرغيف إذا كان كله يؤكل في مجلس، يعني حيث لا يحنث بأكل لقمة، ولم يبين الفرق ولعل وجهه أن تحريمه الرغيف على نفسه تحريم أجزائه أيضاً وفي الثاني إنما منع نفسه من أكل الرغيف كله فلا يحنث بالبعض، وبهذا يضعف ما في «الخانية» وعبر بمن ليشمل ما لو قالت لزوجها: أنت علي حرام أو حرمتك على نفسي فإنه يمين حتى لو طاوعته أو أكرهها على الجماع لزمها الكفارة انتهى. وأنت خبير بأن في شمول كلامه لذلك نظراً بيناً (**كل حل**) أو حلال الله أو حلال المسلمين (**علي حرام واقع على الطعام والشراب**) إلا أن ينوي غيره، حتى لو نوى الكذب كان كذباً نص عليه في «كافي» الحاكم وهذا استحسان والقياس أنه يحنث كما فرغ لأنه باشر من هذا العام فعلاً حلالاً هو التنفس وفتح العينين ونحو ذلك وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم فقط، وانصرف إلى الطعام والشراب للعرف، ولا تدخل الزوجة إلا بالنية فإذا

والفتوى على أنه تبين امرأته من غير نية ومن نذر نذراً مطلقاً، أو معلقاً بشرط، ووجد وفّى..

نواها كان مولياً ولا تصرف اليمين عن الطعام والشراب (**والفتوى**) في زماننا (**على أنه تبين زوجته بلا نية**) لأنه صار طلاقاً عرفاً ولذا لا يحلف به إلا الرجال ولو قال لم أنوِ به/ [٢٨٠/أ] الطلاق لم يصدقْ قضاء.

قال في «الظهيرية»: فإن كان له ثلاث نسوة أو أربع وقع على كل واحدة بائنة لكن في «الدراية» لو كان له امرأتان وقع الطلاق على واحدة وإليه البيان في الأظهر كقوله: امرأتي كذا وله امرأتان وأكثر ولو لم يكن له زوجة ذكر في «النوازل» أنه تلزمه كفارة يمين وقيده في «الظهيرية» بما إذا كانت يمينه على مستقبل فإن كانت علي ماضٍ كذباً عمداً فلا كفارة عليه لأنه غموس، ومقتضاه أنه لو كان ظناً أن يكون لغواً، ولو كانت له وقت اليمين امرأة فأبانها ثم فعل المحلوف عليه بعد العدة لا كفارة عليه لانصرافها إلى الطلاق، ولو نكح امرأة بعد اليمين ثم باشر الشرط اختلفوا، والفتوى أن زوجته لا تبين، وبه أخذ أبو الليث لأنه جعل يميناً وقته فلا تنصرف إلى الطلاق ولعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام علي كلامك ونحوه كأكل هذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا أيضاً الحرام يلزمني، ولا شك أنهم يريدون الطلاق معلقاً فإنهم يريدون بعده لا أفعل كذا أو لأفعلنه وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا أفعل كذا فإنه يراد إن فعلت كذا فهي طالق ويجب إمضاؤه عليهم، والحاصل أن المعتبر في انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية المتعارف فيه فإن لم يتعارف فيه سئل عن نيته كذا في «فتح القدير».

(**ومن نذر نذراً مطلقاً، أو معلقاً بشرط**) يراد كونه أو لا (**ووجد**) الشرط (**وفّى**) المنذور هذا ظاهر الرواية لقوله عليه الصلاة والسلام: «من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى»(١) وعن الإمام أنه قبل موته بسبعة أيام رجع عن لزوم عين المنذور إذا كان معلقاً بشرط لا يراد كونه وقال: إنّه يخير بين فعله وكفارة يمين كقوله: إن فعلت كذا فعلي صوم.

قال في «الهداية»: وهذا التفصيل هو الصحيح، ووجهه رواية مسلم: «كفارة النذر كفارة اليمين»(٢) فإنه يقتضي السقوط بالكفارة مطلقاً وهو معارض لإطلاق الحديث الأول فحملنا مقتضى الإيفاء بعينه على المنجز أو المعلق بشرط يراد كونه وفي «الخلاصة»: لو جعل على نفسه حجاً أو صلاة أو صدقة مما هو طاعة إن فعل

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٠٠).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٤٥)، والنسائي في السنن (٣٨٣٢).

به ولو وصل بحلفه إن شاء الله برّ في حلفه.

كذا ففعله لزمه ذلك الشيء الذي جعله على نفسه ولم تَجزْ كفارة اليمين في ظاهر الرواية، والشيخ القاضي الإمام علي المروزي كان يقول: إن شاء صام أو صلى أو حج وإن شاء كفر، كذا في مجموع «النوازل» وعن أبي حنيفة أنه رجع عن هذا قبل موته بسبعة أيام، وقال: تجب فيه الكفارة قال السرخسي: وهو اختياري لكثرة البلوى **(به)** وهكذا اختار الشهيد وبه يفتى انتهى. قال في «البحر»: فتحصل أن الفتوى على التخيير مطلقاً انتهى.

وأقول: وضع المسألة في «الخلاصة» في التعليق بالشرط الذي لا يراد كونه فالإطلاق ممنوع أعني سواء أريد كونه أو لا - والله الموفق - هذا كله إذا سمى شيئاً فإن لم يسم شيئاً كان عليه كفارة يمين في المطلق وفي المعلق عند وجود الشرط.

وفي «الولوالجية» وإذا حلف بالنذر وهو ينوي صياماً ولم ينوِ عدداً معلوماً كان عليه صيام ثلاثة أيام وإذا نوى صدقة ولم ينوِ عدداً فعليه إطعام عشرة مساكين، لكل مسكين نصف صاع، واعلم أنه لو التزم بالنذر أكثر ما يملكه لا يلزمه إلا ما يملكه في المختار حتى لو قال: إن فعلته فألف درهم من مالي صدقة ففعله وهو لا يملك إلا مائة لا يلزمه غيرها لأنه فيما لم يملك لم يوجد في الملك ولا مضافاً إلى سببه فلا يصحُّ كقوله: مالي في المساكين صدقة ولا مال له لا يصح فكذا هذا كذا في «الولوالجية».

وفي «البزازية» لله علي أن أهدي هذه الشاة وهي ملك الغير لا يصح النذر ولو قال: لأهدين هذه الشاة والمسألة بحالها يلزمه وإن نوى يميناً كان يميناً انتهى. والفرق بين التأكيد وعدمه مما لا أثر له يظهر في صحة النذر وعدمه ثم على الصحة هل تلزمه قيمتها؟ أو يتوقف الحال إلى ملكها محل تردد.

وفي «الخلاصة» لو قال: لله علي إطعام المساكين فهو على عشرة عند الإمام وفي إطعام مسكين يلزمه نصف صاع من حنطة استحساناً ولو قال: إن فعلت كذا فألف/ درهم من مالي صدقة، لكل مسكين درهم فحنث وتصدق بالكل على واحد [٢٨٠/ ب] أجزأه، ولو قال: لله أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يفي بذلك ولو لم يفِ أثم لكن لا يجبره القاضي، **(ولو وصل)** الحالف **(بحلفه إن شاء الله برَّ في حلفه)** أي: لغا يمينه كما عبر به في «الوافي» وعبر به هنا إيماء إلى أن عدم الانعقاد هنا كالبر إلا أن فيه إيهام الميل إلى قول الثاني من أن الاستثناء للشرط وقالا: إنه مبطل للكلام الأول وما استدل به المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام: «من حلف على يمين

باب اليمين في الدخول والخروج والسكنى والإتيان وغير ذلك

حلف لا يدخل بيتاً لا يحنث بدخول الكعبة والمسجد، والبيعة والكنيسة، والدهليز والظلة، والصفة..

وقال إن شاء الله تعالى فلا حنث عليه»[1] رواه أبو داود وغيره، وقال الترمذي: حديث حسن لا يعين ما قالاه. قيد بقوله وصل لأنه لو فصله كان رجوعاً إذا لم يكن لنحو تنفس وسعال. قال في «البحر»: وظاهر كلامهم أن المشيئة المتصلة تبطل كلما تعلق بالقول عبادة أو معاملة بخلاف المتعلق بالقلب كالنية والله الموفق للصواب.

باب اليمين في الدخول والخروج والسكنى والإتيان وغير ذلك من الركوب

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال ويعلم منها التروك وقد علمت أن المذكور في هذا الباب منها خمسة أفعال أي: الكف عنها غير أنه قدم منها الكلام على الدخول والسكنى دون الأكل والشرب، مع أنه أهم ليطابق التقديم الوجودي للترتيب الوضعي، وذلك أن أول ما يحتاج إليه الإنسان المسكن الذي يدخل فيه ويسكن ثم يتوارد عليه الأفعال من الأكل والشرب والركوب.

(**حَلف**) أن (**لا يدخل بيتاً لا يحنث بدخول**) البيت الشريف وهو (**الكعبة**) كما عبر به في بعض النسخ (**والمسجد والبيعة**) بكسر الموحدة متعبد اليهود، (**والكنيسة**) متعبد النصارى، (**والدهليز**) بكسر الدال ما بين الباب والدار فارسي معرب، (**والظلة**) وهي الساباط الذي يكون على باب الدار مسقفاً له جذوع أطرافها على جدار الباب والأطراف الأخر على جدار الجار المقابل (**والصفة**) لأن البيت عرفاً ما أعد للبيتوتة، وهذه البقاع لم تبن لها والأيمان مبنية على العرف عندنا أي: على عرف الحالف فإن كان من أهل اللغة اعتبر فيه عرف أهلها، وإن لم يكن اعتبر عرف غيرهم وفي مشترك الاستعمال تعتبر اللغة على أنها العرف ثم من المشايخ من جرى على هذا الإطلاق

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٥٣١)، وأبو داود في سننه (٣٢٦١).

وفي داراً بدخولها خربة، وفي هذه الدار يحنث، وإن بنيت داراً أخرى بعد الانهدام، وإن جعلت بستاناً، أو مسجداً، أو حماماً أو بيتاً لا ....

فحكم بأن ما ذكر في «الذخيرة» من الحنث بهدم بيت العنكبوت في أن لا يهدم بيتاً خطأ، ومنهم من حمله على ما إذا لم يمكن العمل بحقيقته وهو بعيد، إذ المتكلم إنما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب نعم إن نوى بيت العنكبوت في عموم البيت حنث وإلا وجب أن لا يحنث بالدخول في البيت الحرام والمسجد إذا نوى ذلك لأن الآيات القرآنية ناطقة بإطلاق اسم البيت عليهما، وإذ قد علمت أن البيت ما يبات فيه وكان الدهليز كبيراً يبات فيه الضيف وبعض الأتباع وجب أن يحنث بدخوله، وعلى هذا فيحنث بالصفة إذا كانت بحيث لو أغلق الباب كانت داخله سواء كان لها أربعة حوائط كما في الكوفة أو ثلاثة على ما رجحه في «الهداية» بعد أن يكون مسقفاً لأنه يبات فيه غاية الأمر أن مفتحه واسع، وكذا الظلة إذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفاً.

وقول العيني: الصفة هي ما مر غير أنه ليس لها مزم فإذا أراد البيت الذي له مزم ينبغي أن لا يحنث، يعني ديانة لأنه نوى تخصيص العام بنيته صرح به في «الدراية» (**وفي**) حلفه على دخوله (**داراً**) لا يحنث (**بدخولها خربة وفي**) لا يدخل (**هذه الدار يحنث**) بدخولها خربة (**ولو بنيت داراً أخرى**) لأن الدار اسم للعرصة لغة كما شهدت بذلك أشعار العرب، والبناء وصف فيها غير لازم، إنما اللازم كونها قد نزلت إلا أنها في عرف أهل المدن لا يقال إلا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل: دار خراب فيكون هذا الوصف جزءاً لمفهومها، فأما إذا عادت ساحة فإطلاق اسم الدار عليها عرفاً باعتبار ما كان والحقيقة أن يقال: كانت داراً وقد عرف أن الوصف في الحاضر لغو لأن ذاته تتعرف/ بالإشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفي الغائب معتبر لأنه [٢٨١/أ] المعرف له فإن كون الإشارة تعين بالذات إنما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفاً عليه وقد انتفى، وفي «المحيط» لو كانت دار صغيرة فجعلها بيتاً واحداً وأشرع باباً إلى الطريق أو إلى باب أخرى لا يحنث بدخولها لتبدل الاسم والصفة بحدوث أمر جديد انتهى، والمراد بخرابها أن تصير ساحة، فأما إذا زال بعض حيطانها فينبغي أن يحنث في المنكر ودل كلامه أنه لو حلف لا يدخل هذا المسجد فصار خراباً، حنث بدخوله وهو مروي عن الثاني (**وإن جعلت**) في لا يدخل هذه الدار (**بستاناً أو مسجداً أو حماماً**) أو نهراً (**أو بيتاً لا**) أي: لا يحنث بدخولها، سواء دخلها وهي حمام أو بستان أو بعدما انهدم الحمام، أو اتخذها بيتاً لزوال اسم وبالانهدام لم يعْد وهو وإن عاد بالبناء لكنه بصفة أخرى فكان غير المحلوف عليه قيد بهذه الدار،

كهذا البيت فهدم، أو بنى آخر. والواقف على السطح داخل،........

لأنه لو لم يسمها بل قال: هذه حنث بدخولها على أي صفة كانت كما في «الذخيرة» (**كهذا البيت**) أي: كما لا يحنث في حلفه لا يدخل هذا البيت (**فهدم أو بنى آخر**) ثم دخله، وقيدنا بالإشارة إلى أنه لا يحنث في المنكر بالأولى، أما إذا انهدم فلزوال الاسم عنه حتى لو سقط السقف وبقيت حيطانه حنث بدخوله وجعل في «البدائع» هذا في المعين، أما المنكر فلا حنث فيه لأنه بمنزلة الصفة له وهي في الحاضر لغو وفي الغائب معتبرة انتهى. وفيه نظر بل لا فرق بين المنكر والمعرف حيث صلح لأن يبات فيه فتدبره.

وأما إذا بنى بيتاً آخر ولو بنقض الأول فلأن هذا المبني غير البيت الذي منع نفسه من دخوله، ومن هذا النوع لا يكتب بهذا القلم أو لا يقص بهذا المقص فكسره ثم رآه وأعاده مقصاً يحنث، وكذا السيف والسكين كما لو قال: لا أستند إلى هذه الأسطوانة والحائط فنقضا ثم بنيا أو لا أركب هذه السفينة فنقضت ثم أعيدت بذلك الخشب لزوال الاسم في الكل بخلاف ما لو حلف على ثوب لا يلبسه أو قباء محشواً أو جبة مطبقة أو قلنسوة أو خفين فنقض ذلك كله ثم أعاده حيث يحنث، لأن الاسم بقي بعد النقض وفي المباسيط من هذا النوع ما يطول الكلام بذكره، (**والواقف على السطح**) أي: سطح الدار المحلوف على عدم دخولها إذا وصل إليه من سطح آخر (**داخل**) لأنه من الدار، ألا ترى أن سطح المسجد منه حتى حرم على الجنب والحائض الوقوف عليه ولم يبطل الاعتكاف بالصعود عليه كذا في «الشرح» وغيره وقد يقال: المعنى مختلف فإن الأيمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجاً في العرف، فالأقرب ما قيل: الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم إذا كان السطح بحضير، فلو لم يكن له حضير فليس هو إلا في الدار، والحق أن السطح من الدار لأنه من أجزائها حسياً لكن لا يلزم من القيام عليه أن يقال في العرف: دخل الدار وقيل: في عرفنا لا يحنث وهو قول المتأخرين، قال الشارح: وهو المختار، وفي «الكافي» وعليه الفتوى وقال المتقدمون: إنه يحنث.

قال في «الفتح»: ولو حمل الأول على ما إذا لم يكن حضير، والثاني على ما إذا كان له حضير اتجه وهذا اعتقادي انتهى. ومقتضاه أنه لو حلف أنه لا يخرج منها فصعد إلى سطحها الذي لا حضير له أن يحنث والمسطور في «غاية البيان» أنه لا يحنث مطلقاً لأنه ليس بخارج، ويؤيده ما في «المحيط»: لو ارتقى إلى شجرة والمسألة بحالها أغصانها خارج الدار بحيث لو سقط في الطريق لم يحنث، وفيه أيضاً لو حلف

وفي طاق الباب لا. ودوام اللبس والركوب والسكنى كالإنشاء........

لا يدخل دار فلان فحفر سرداباً أو قناة تحت داره فدخل ذلك السرداب أو القناة لم يحنث لأنه لم يدخل ولو كان للقناة موضع مكشوف في الدار، فإن كان كبيراً يستسقي منه أهل الدار فبلغ ذلك الموضع حنث وإلا لا، ولو اتخذ سرداباً تحت داره وجعله بيوتاً وجعل لها أبواباً إلى الطريق فدخلها الحالف حنث، (و) الواقف (**في طاق الباب**) أي: عتبة الفناء إذا أغلقه كانت خارجه أي: (**لا**) يكون داخلاً فلا يحنث بذلك لو حلف لا يدخل هذه الدار وهذا البيت قيد بالواقف في الطاق، أي: على قدميه لأنه لو وقف بإحدى رجليه على العتبة وأدخل الأخرى فإن استوى الجانبان أو كان الخارج أسفل لم يحنث، وإن كان الجانب الداخل أسفل حنث كذا في «الشرح» وغيره وفي «الظهيرية» الصحيح أنه لا يحنث مطلقاً.

واعلم أنه إذا حلف لا يدخل دار زيد فداره مطلقاً دار يسكنها/ [٢٨١/ ب] فلو دخل دار غلته لم يحنث كما في «المحيط» وعلى هذا تفرع ما في «المجتبى» إن دخلت دار زيد فعبدي حر، وإن دخلت دار عمرو فامرأته طالق، فدخل دار زيد لم يعتق وتطلق فإن نوى شيئاً صدق ولا فرق في الساكن بين كونه تبعاً أو لا، حتى لو حلف لا يدخل دار أمه أو ابنته وهي تسكن مع زوجها حنث بالدخول كما في «الخانية» ولا بين كون المسكن بالملك أو الإجارة أو العارية إلا إذا استعارها ليتخذ فيها وليمة فدخلها الحالف فإنه لا يحنث كما في «العمدة» والوجه فيه ظاهر والمسألة مقيدة بالطائع، أما المكره فلا يحنث بالدخول ولو رضي بقلبه في الأصح وصورة المسألة ما إذا حمله الإنسان وأدخله، أما إذا هدد حتى دخل بنفسه فإنه يحنث لوجود الفعل منه، ومن صور الإكراه ما لو عثر فوقع في الدار أو كان على دابة فانفلتت به وأدخلته فيها غير قادر على إمساكها وقد نص في «الظهيرية» على أن الصحيح في المسألتين عدم الحنث قال: ولو أدخل مكرهاً ثم دخلها مختاراً فالفتوى على أنه يحنث ثم إذا لم يحنث هل تنحل اليمين؟ قيل: نعم، والصحيح أنها لا تنحل كذا في «الدراية».

فـــرع

في «الواقعات»: والله لا أكلم إخوة فلان وله أخ واحد فإن كان يعلم يحنث بالواحد وإلا لا، ولا ينافيه ما في «القنية» إن أحسنت إلى أقربائك فأنت طالق فأحسنت إلى واحد منهم يحنث ولا يراد الجمع في عرفنا انتهى. وبما في «الواقعات» عرف جواب حادثة الفتوى وهي ما إذا حلف بالطلاق أن أولاد زوجته لا يطلعون إلى بيته وطلع واحد منهم فإنه لا يحنث، (**ودوام اللبس والركوب والسكنى كالإنشاء**) حتى لو

لا دوام الدخول لا يسكن هذه الدار، أو البيت، أو المحلة فخرج وبقي متاعه، وأهله حنث

حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث ساعة حنث فلو نزع الثوب أو نزل وأخذ في النقلة من ساعته لم يحنث وجه الحنث أن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها، ولهذا لو قال لها: كلما ركبت وهي راكبة فأنت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت واحدة، وإن طال مكثه، لا ركبت إذا لم يكن الحالف راكباً يراد به إنشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار، وإن كان له حكم الابتداء بخلاف ما لو حلف الراكب لا يركب فإنه يراد به الأعم من ابتداء الفعل في حكمه عرفاً **(لا دوام الدخول)** حتى لو حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها كما لو حلف لا يخرج وهو خارج أو لا يتزوج وهو متزوج، أو لا يطهر وهو متطهر حيث لا يحنث باستدامة الخروج والنكاح والطهارة، لأن هذه الأفعال لا يصح ضرب المدة لها إذ لا يقال لنفس الدخول: دخلت يوماً بل يقال في مجاز الكلام دخلت هذه يوماً مراد به مجرد بيان الظرفية أو مطلق الوقت بخلاف اللبس ونحوه فإنه يصح ضرب المدة له فيقال: لبست وركبت يوماً وسكنت شهراً وقد علمت أن معنى الدوام في هذه الأفعال هو يحدد أمثالها وإلا فدوام الفعل حقيقة مع أنه عرض لا يبقى مستحيل، وهذا لا يوجد في الدخول ونحوه بخلاف الركوب ونحوه وعليه فرع بعض أهل العلم ما لو كان الحلف على الإثبات نحو: والله لا ألبس هذا الثوب غداً فاستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث لأن لدوامه حكم الابتداء.

واعلم أنه إنما يحنث بتأخير ساعة إن أمكنه النقل فيها فإذا لم يكن يقدر بأن دخل الليل وخاف من لص أو منع من ذي شوكة أو لم يجد ما ينتقل إليه أو أغلق عليه الباب فلم يقدر على فتحه أو كان شريفاً أو ضعيفاً عن حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لم يحنث، ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر وقولنا وخاف من لص إنما قيد في الرجل إذ وجود الليل كاف في حق المرأة لما في «المجتبى» قال لها: إن سكنت هذه الدار فأنت طالق وكانت اليمين ليلاً عذرت حتى تصبح لأنها في معنى المكره ولو قال ذلك لرجل: لم يكن معذوراً لأنه لا يخاف هو المختار وينبغي في ديارنا أن يكون وجود الليل كافٍ في حق الرجل أيضاً إذا كان ممن يخشى من مصادفة الوالي أو أتباعه فيه، ولما كان الأخذ في النقلة بين ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق فقال **(لا يسكن هذه الدار أو البيت أو المحلة فخرج وبقي متاعه وأهله حنث)** لأنه/ يعد ساكناً في محل سكنى أهله وماله عرفاً، وجواب المسألة مقيد بقيود أن يكون اليمين بالعربية فلو كانت بالفارسية لم يحنث قاله الفقيه، وكأنه بناه على [٢٨٢/أ]

بخلاف المصر لا يخرج فأخرج محمولاً بأمره حنث، ....

عرفهم وأن يكون الحالف مستقلاً بالسكنى فلو كان تبعاً كابن كبير يسكن مع أبيه لا يحنث بتركهما وأن لا يكون الترك لطلب منزل فإن كان لم يحنث ولو بقي أياماً في الأصح لأنه من عمل النقل فصارت مدة النقل مستثناة إذا لم يفرط في الطلب، وهذا إذ خرج من ساعته لطلب المنزل ولو أخذ في النقلة شيئاً فشيئاً فإن لم تفتر النقلات لم يحنث ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلاً في العرف حتى لا يلزمه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ولو قدر على ذلك.

قال في «البحر»: والواو في كلامه بمعنى أو لأن الحنث يحصل ببقاء أحدهما، ثم قال الإمام: لا بد في بره من نقل كل المتاع حتى لو بقي نحو وتد حنث، وقال بعض مشايخنا: هذا إذا كان الباقي يتأتى به السكنى فإن بقي نحو مكنسة أو وتد لم يحنث، وقال محمد: يعتبر ما تقوم به السكنى، قالوا: هذا أحسن وبالناس أرفق وعليه الفتوى وشرط الثاني نقل الأكثر وصرح كثير بأن الفتوى عليه وعلى هذا فما مر عن بعض المشايخ ليس قول واحد منهم ولا خلاف أنه في «الأصل» يشترط نقل الكل ثم أنت خبير بأنه ليس المدار إلا على العرف في أنه ساكن أو لا ولا شك أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقي يقال ليس ساكناً في هذا المكان، بل انتقل عليه وسكن في المكان الفلاني، وبهذا يترجح قول محمد وأثر الخلاف يظهر في فرع في إجارة «البزازية» لو كان الحياك يسكن مع صهره فاكترى داراً وخرج وترك الغزل وحده في الدار الأول لا يضمن عند الأول لبقاء السكنى ببقائه حتى لو انتقل المودع وترك الوديعة لا غير في المنزل المنتقل عنه لا يضمن وعندهما يضمن بكل حال انتهى بلفظه وأفهم كلامه أنه يبر بنقل أهله ومتاعه، سواء كان إلى منزل أو لا كالسكة والمسجد وما في «الهداية» قالوا: لا يبر دليله في «الزيادات» أن من خرج بعياله من مصره فلم يتخذ وطناً آخر يبقى في وطنه الأول في حق الصلاة، كذا هذا وفي «الظهيرية» وهو الصحيح وقال أبو الليث: إن لم يسلمها إلى أهلها حنث لا إن سلمها.

قال في «الفتح»: وإطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقياً في حق إتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره ولا يلزمه تسمية كونه ساكناً عرفاً بذلك المكان بل يقطع في العرف بأنه غير ساكن (**بخلاف المصر**) والبلد والقرية في الأصح حنث لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيها لما أنه لا يعد ساكناً عرفاً بذلك المكان بل يقطع في العرف في الذي انتقل عنه عرفاً، وفي مصرنا يعد ساكناً بترك أهله ومتاعه فيها ولو خرج وحده فينبغي أن يحنث، حلف (**لا يخرج**) من هذا المسجد مثلاً (**فأخرج محمولاً بأمره حنث**) لأن فعل المأمور مضاف إليه، وفي «البدائع» الخروج من الدور

وبرضاه لا بأمره أو مكرهاً لا كلا يخرج إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة لا يخرج أو لا يذهب إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث.........................

المسكونة أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما إذا حلف لا يسكن من البلدان والقرى أن يخرج ببدنه وخاصته، وعلى هذا فمن صور المسألة في البيت يحمل كلامه على أن الحالف كان تبعاً لغيره في السكنى كما مر.

(و) إن خرج (**برضاه لا بأمره** أو) أخرج حال كونه (**مكرهاً**) بأن حمله إنسان وأخرجه كارهاً لذلك (**لا**) أي: لا يحنث في الوجهين، أما الأول فلأن الانتقال إليه إنما يكون بالأمر لا بمجرد الرضا وقيل: يحنث لأن عدم امتناعه مع القدرة عليه ينزل منزلة الأمر والأول أصح لما قلنا، وأما الثاني فلعدم فعله حقيقة وحكماً وقيدنا الإكراه بذلك لأنه لو توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الإكراه بهذا المعنى لا يعدم الفعل عندنا وقدمنا ترجيح أن اليمين لا تنحل، وقال السيد أبو شجاع: تنحل وهو أرفق بالناس، وأثر الخلاف يظهر فيما لو دخل بعد هذا الإخراج فعلى الراجح يحنث ولا يحنث على مقابله (**كلا يخرج**) أي: لا يحنث في حلفه لا يخرج (**إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة**) لأن الخروج إلى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والإتيان بعد ذلك ليس بخروج ونبه بقوله إليها لأنه لا بد أن يقصد. / [٢٨٢/ ب] ومن ثم قال في «الظهيرية»: لو قال: إن خرجت إلى منزل أبيك فأنت كذا فهو على الخروج عن قصد، وأفاد في «المحيط» أنه يكفي فيه الانفصال من باب الدار لأنه بذلك يعد خارجاً انتهى. سواء مشى معها وصلى عليها أم لا ولذا قال في «البدائع»: لو قال: إن خرجت من هذه الدار إلا إلى المسجد فأنت كذا فخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت إلى مسجد آخر لا تطلق.

حلفه (**لا يخرج أو لا يذهب إلى مكة فخرج يريدها**) أي: يقصدها (**ثم رجع**) أي: عاد قبل الوصول إليها (**حنث**) لوجود الخروج على قصدها إذ هو الانفصال من الداخل إلى الخارج فيحنث به سواء رجع أم لم يرجع كذا في «الفتح»، وفيه إيماء إلى أن العود ليس شرطاً في حنثه كما هو ظاهر ما في «الكتاب» إلا أن يراد به العود على إرادته إياها وهذا صادق بما إذا قصد غيرها وجواب المسألة مقيد بما إذا جاوز العمران على قصدها كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر ليعلم بأن المضي إليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل، وهذا التضمين ممكن في كلام المصنف والتسوية بين الخروج والذهاب هو الأصح.

قال في «البحر»: ولم أر من صرح بلفظ الرواح وهو كثير في كلام المصريين، وقد قال الأزهري: إنه الذهاب لغة سواء كان من أول الليل أو آخره أو في الليل، قال

وفي لا يأتيها لا ليأتينه فلم يأته حتى مات حنث في آخر حياته ليأتينه إن استطاع فهو استطاعة الصحة، وإن نوى القدرة دين لا تخرج إلا بإذني شرط لكل خروج إذن..........

النووي: وهو الصواب وعليه فهو كالخروج، (**وفي**) قوله (**لا يأتيها**) يعني مكة (**لا**) أي: لا يحنث بالخروج فقط بل لا بد من الوصول إليها لأنه عبارة عنه سواء قصد أم لا بخلاف الخروج والذهاب على ما مر، وفي «الذخيرة» حلف لا تأتي امرأته عرس فلانة فذهبت قبل العرس لا يحنث ذكره في «المنتقى» معللاً بأنها ما أتت العرس بل العرس أتاها ولو حلف لا يأتي فلاناً فهو على أن يأتي منزله أو حانوته لقيه أو لا أتى مسجده لم يحنث، ولو حلف (**ليأتينه**) أي: زيداً مثلاً (**فلم يأته حتى مات**) أحدهما (**حنث**) الحالف (**في آخر حياته**) أي: الميت لأن اليمين حيث لو يوقت بوقت يفوت البر بفواته يبقى إلى أن يقع اليأس عنه ولم يتحقق ذلك إلا في آخر جزء من أجزاء حياته، وفي قوله حنث إيماء أنه لو ارتد وبدار الحرب لحق لا يحنث وإن كان ذلك موتاً حكماً لبطلان يمينه بالله تعالى بمجرد الردة كما مر فتنبه له والإتيان مثال بل كل فعل ليفعلنه منقلباً وأطلقه كذلك حتى لو حلف بطلاقها ليفعلن فلم يفعل حنث بموت أحدهما، لا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح فإن قيدها بوقت اعتبر آخره فإن مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث ولو حلف (**ليأتينه إن استطاع فهي**) أي: الاستطاعة (**استطاعة الصحة**) وهي سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لأنه المتعارف والمراد بآلات الجوارح، فالمريض ليس بمستطيع وصحة الأسباب تهييئه لإرادة الفعل على وجه الاختيار فخرج الممنوع.

وعن هذا قال في «الاختيار»: هي سلامة الآلات ورفع الموانع وإذا عرف هذا فما في «الشرح» من زيادة قوله ورفع الموانع الحسية بعد قوله سلامة الأسباب والآلات حشو (**وإن نوى**) بالاستطاعة (**القدرة**) التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لأن أفعال العباد مخلوقة له تعالى (**دين**) حتى لا يحنث إذا لم يأته ولا عذر له لأن المعنى حينئذٍ لا ينفك إن خلق الله إتياني إلا أنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء، وقيل: يصدق قضاء أيضاً لأنه نوى حقيقته إذ اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك عليهما ورد بأنه وإن كان مشتركاً إلا أنه تعورف استعماله عند الإطلاق عن القرينة للمعنى الأول فصار ظاهراً فيه فلا يصدقه القاضي في خلافه (**لا تخرجي إلا بإذني**) أو بأمري أو بعلمي أو برضاي أو لا تخرجي بغير إذني (**شرط لكل خروج إذن**)، لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن فما وراء الخروج المطلق بالإذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المؤولة بالفعل في سياق النفل فإذا خرجت مرة واحدة بلا إذن حنث

بخلاف إلا أن، وحتى...

بشرط بقاء النكاح حتى لو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لم تطلق وإن بان زوال الملك لا يبطل اليمين لأنها لم تنعقد إلا على مدة بقاء النكاح، كذا في «الفتح».

[٢٨٣/أ] قال الشارح: وهذا/ صحيح إذا كانت الزوجة قائمة وقت اليمين، أما إذا قال ذلك لأجنبي أو لأجنبية بأن قال: إن خرجت إلا بإذني فعبدي حر أو امرأتي طالق فينبغي أن يصح ولا يتقيد بشيء انتهى. وفيه تأمل ويشترط أيضاً أن لا يكون الخروج لوقوع غرق أو حرق غالب فإن كان لم يحنث كما في «المنتقى» ثم إذا حنث بخروجها مرة بغير إذن لم يحنث بخروجها مرة أخرى لعدم ما يوجب التكرار، وانحلت اليمين بالأول كذا في «الظهيرية».

قالوا: وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول: كل ما أردت فقد أذنت لك ولو نهاها عنه بعد ذلك لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وبه أخذ ابن الفضل وأجمعوا أنه لو أذن لها في خرجة ثم نهاها عن تلك الخرجة فإن نهيه يعمل ولو أذن لها ثم قال: كلما نهيت فقد أذنت لك فيها لم يصح نهيه ويشترط في إذنه لها أن تسمعه فلو كان غير مسموع لم يكن إذن قبل هذا قولهما وعند أبي يوسف وزفر يكون إذناً، والصحيح أنه على قولهما أيضاً لا يكون إلا بالسماع وأن تفهمه فلو أذن لها بالعربية ولا عهد لها بها فخرجت حنث، وأن تقوم قرينة على أنه لم يرد الإذن فلو قال لها: اخرجي أما والله لو خرجت ليخزيك الله لا يكون يميناً صرح به محمد رحمه الله تعالى وكذا لو قال لها في غضب: اخرجي ينوي التهوية لم يكن إذناً إذ المعنى حينئذ اخرجي حتى تطلقي ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور صدق ديانة لا قضاء وعليه الفتوى لأنه يحتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر.

وفي «المحيط» حلفه ثلاثة رجال أنه لا يخرج من بخارى إلا بإذنهم فأجاز أحدهم لا يخرج ولو مات أحد الثلاثة فخرج لم يحنث لأنه ذهب الإذن الذي وقعت عليه اليمين، ولو قال: إلا بإذن فلان فمات المحلوف عليه بطلت اليمين عندهما خلافاً لأبي يوسف (**بخلاف**) ما إذا قال: (**إلا أن**) آذن لك (**أو**) قال: (**حتى**) آذن لك حيث لا يشترط لكل خروج إذن الإذن مرة واحدة كاف لأن حتى للغاية وأن محمولة عليها فكان الإذن مرة موجب الغاية، واعترض بأن أن والفعل في تأويل المصدر فيكون المعنى إلا خروجاً بإذني على إرادة الباء إذ لا يصح إلا خروجاً إذني فيلزم تكرار الإذن وأجيب بأن كلاً منهما مجاز أعني إرادة الباء وكونها بمعنى حتى، إلا أن الثاني أولى لما استقر من أن مجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لأنه لا تصرف في وصف اللفظ وجاز الحذف في ذاته بالإعدام مع الإرادة إلا إذا عينه بنيته له

ولو أرادت الخروج، فقال: إن خرجت، أو ضرب العبد، فقال: إن ضربت تقيد به كاجلس فتغد عندي، فقال: إن تغديت ومركب عبده مركبه إن ينو، ولا دين عليه.

فيصح لأن فيه تشديداً عليه ووجوب تكرار الإذن في قوله تعالى: ﴿لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم﴾ [الأحزاب: ٥٣] مأخوذ من العلة أعني قوله تعالى: ﴿إن ذلكم كان يؤذي النبي﴾ [الأحزاب: ٥٣] قيل: وهذا ممكن فيما نحن فيه لأن خروج المرأة من غير إذن الزوج مما يؤذيه أيضاً.

ورده في «الفتح» بأنه ذهول عظيم لأن الثابت بالعلة المنصوصة المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية أما هنا فالنظر ينعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة وذلك لا يكون إلا باللفظ الناص على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بأن قال: والله لا أشرب ماء العنب المشتد لإسكاره فإنه لو شرب مراراً لا يقول أحد إنه حنث ولزمه كفارة مع أنه لم يحلف عليه (**ولو أرادت**) المرأة (**الخروج فقال: إن خرجت**) فأنت طالق (أو) أراد رجل (**ضرب العبد فقال**) رجل (**إن ضربت**) العبد فعبدي حر (**تقيد**) حلفه (**به**) أي: بذلك الخروج والضرب حتى لو قعدت ثم خرجت أو ترك ضرب العبد ثم ضربه يحنث، وهذا يمين الفور، فإما من فارت القدر غلت استعير للسرعة ثم سميت بها الحالف التي لا ريب فيها أو من فوران الغضب انفرد الإمام بإظهارها فكانت أولاً قسمين مؤبدة أي مطلقة، ومؤقتة وهذه مؤبدة لفظاً مؤقتة معنى تقييد بالحال إما بأن تكون بناء على أمر حالي كأمثل، أو تقع جواباً لكلام يتعلق بالحال أشار إليه بقوله (**كاجلس**) أي: لا يتقيد بقوله اجلس (**فتغد عندي فقال**) المخاطب: (**إن تغديت**) فعبدي حر فلا يحنث لو تغدى في يومه في منزله لأنه حين وقع جواباً تضمن إعادة ما في السؤال الغداء الحالي أي: المدعو إليه فينصرف الحلف إليه لتقع المطابقة فلزم الحال بدلالة الحال قيد بإطلاق التغذي لأنه لو قال: اليوم أو معك فتغدى في بيته أو معه في وقت آخر حنث لأنه زاد على حرف الجواب فيكون مبتدئاً لا مجيباً/ فيعمل بظاهر لفظه هذا إذا لم يكن له نية. [٢٨٣/ ب]

وفي «المحيط» قال لها عند خروجها من المنزل: إن رجعت فأنت كذا ثلاثاً فجلست ثم خرجت ورجعت وهو يقول نويت الفور فالظاهر أنه يصدق لأنه لو قال: إن خرجت ولا نية له تنصرف إلى هذه الحالة فكذا إذا قال: إن رجعت ونوى الرجوع بعد هذه الخرجة كان أولى أن تنصرف إلى الرجوع عن هذه الخرجة وفي «القنية» عن «الجامع» قال لها: إن لم أضربك فأنت طالق، فإن كان فيه دلالة الفور بأنه قصد ضربها فمنع انصرف إليه وإن نوى الفور بدونها صدق أيضاً، لأن فيه تغليظاً وإن نوى الأبد أو لم تكن له نية انصرف إلى الأبد وإن نوى الغد أو اليوم لم تعمل نيته (**ومركب عبده مركبه إن نوى، ولا دين عليه**) مستغرقاً حتى لو حلف لا يركب دابة فلان فركب

دابة عبده فإن نواه ولم يكن عليه دين حنث، وإن لم ينو لا يحنث لأن الملك وإن كان للمولى إلا أنه يضاف إلى غير المولى عرفاً وشرعاً قاله عليه الصلاة والسلام «من باع عبداً وله مال» الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية فإن نواه ولم يكن له دين العبد مستغرقاً حنث لأنه شدد على نفسه وإن كان مستغرقاً لا يحنث لأنه لا ملك له حينئذ في كسبه عند الإمام، قال الثاني: يحنث في الوجوه كلها إذا نوى، وقال محمد: يحنث مطلقاً نوى أو لم ينو وفي «المحيط» لو ركب دابة مكاتبه لم يحنث لأن ملكه ليس بمضاف إلى المولى لا ذاتاً ولا يداً، واعلم أن يمينه إنما تنعقد على ما يركب عرفاً من فرس وحمار وبغل وبرذون حتى لو ركب فيله أو بعيره أو بقرة لم يحنث استحساناً إلا أن ينوي.

قال في «الفتح»: وينبغي أن الحالف لو كان من البدو أن ينعقد على الجمل أيضاً بلا نية لأن ركوبها معتاد لهم، وكذا إذا كان حضرياً جمالاً والمحلوف على دابته جمالاً ولو نوى الحمار دون الفرس والبغل مثلاً لم يصدق لأن نية الخصوص غير صحيحة في اللفظ ولو حلف لا يركب مركباً حنث بكل مركب سفينة أو محمل أو دابة والله الموفق للصواب.

باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام

ذكر الأكل والشرب بعد الخروج لأنه إنما يراد به غالباً تحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب ولا خلاف في احتياجه إلى اللبس والكلام فلا جرم أن يذكرهما بعده ثم الأكل إيصال ما فيه المضغ إلى الجوف وأن تبلعه بلا مضغ كالخبز ونحوه والشرب إيصال ما لا يأتي فيه كالماء ونحوه فلو حلف لا يأكل بيضة فابتلعها حنث ولو حلف لا يأكل عنباً فابتلع ماءه فقط لم يحنث لأن هذا ليس بأكل ولا شرب ولو عصره وأكل قشره حنث كذا في «البدائع»، والذوق إيصال الشيء إلى فيه لاستبانة طعمه.

وقال الزندويستي: الأكل عمل الشفاه والحلف والذوق عمل الشفاه دون الحلق، والابتلاع عمل فقط والمص عمل اللهاة فعلى هذا ينبغي أن لا يحنث بالابتلاع فيما إذا حلف لا يأكل، وفي «فتاوى أبي الليث» ما يدل على أنه يحنث وقد مر عن «البدائع» وهو الصواب إذ لا شك في أنه لا يحل إذا كان مما يمضغ على التفسير الأول وكذا على الثاني إنه من عمل الشفاه لأنه حركتها ولا بد في الابتلاع من

لا يأكل من هذه النخلة حنث بثمرها، ....

حركتهما، ثم قيل: كل أكل ذوق ولا عكس فبينهما من النسب العموم المطلق وهذا ظاهر على الثاني، أما على الأول فبينهما عموم وخصوص من وجه لأن عمل الفم ليس معتبراً في مفهومه فيجتمعان في إيصال ما هشم وينفرد الذوق فيما لم يوصل والأكل فيما ابتلع بلا مضغ كذا في «الفتح» وفيه نظر، إذ بتقديره يلزم الترادف بين الأكل والابتلاع لأن التغاير كما هو ظاهر كلام الزندويستي.

وفي «الشرح» حلف لا يأكل هذا اللبن فشربه لا يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه فأكله لا يحنث لأن هذا ليس بشرب ولا الأول بأكل ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فمصه وابتلع ماءه لم يحنث لأن المص نوع ثالث ليس بأكل ولا شرب وفي «تهذيب القلانسي»[1] لو حلف لا يأكل سكراً فمصه وابتلع ماءه لا يحنث وفي عرفنا يحنث والمذكور في «الخانية» عدم الحنث ويوافقه ما في «الخلاصة» لا يأكل رمانة فمصها لم يحنث، وفيها لو عنى بالذوق الأكل لم يدين في القضاء إلا / إذا [٢٨٤/أ] تقدم ما يدل عليه كتغدى معي فحلف أنه لا يذوق معه طعاماً ولا شراباً فهذا على الأكل والشرب انتهى.

حلف **(لا يأكل من هذه النخلة حنث بثمرها)** بالمثلثة وهو ما يخرج منها حيث لم يتغير بصفة كالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع بخلاف النبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ، وأما ما يسيل بنفسه من الرطب فإنه يحنث وهذا لأنه لما أضاف يمينه إلى ما لا يؤكل صرفناه إلى ما يخرج منه من إطلاق اسم السبب على المسبب تصحيحاً لكلامه، ولو لم يكن لها ثمر كانت على ثمنها فإذا اشترى به مأكولاً حنث بأكله، قالوا: ومثله لو حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه ولو أكل من عين النخلة لا يحنث هو الصحيح.

قال في «الولوالجية»: ولو نواها لأن الحقيقة مهجورة بدلالة محل الكلام، وفي «المحيط» لو نوى أكل عينها لم يحنث بأكل ما يخرج منها لأنه نوى حقيقة كلامه ومقتضى الأول أنه يحنث فإن قلت: ورق الكرم مما يؤكل عرفاً فينبغي أن لا تنصرف اليمين إلى عينه، قلت: أهل العرف إنما يأكلونه مطبوخاً قيد بما لا تؤكل لأنه لو حلف على ما تؤكل عينه كهذه الشاة أو هذا العنب انصرفت اليمين إلى اللحم والعنب دون اللبن والزبد والزبيب والعصير.

---

(١) واسمه تهذيب الواقعات في فروع الحنفية للشيخ أحمد القلانسي. اهـ. كشف الظنون (١/٥١٧).

ولو عين البسر، والرطب، واللبن لا يحنث برطبه، وتمره، وشيرازه بخلاف هذا الصبي، وهذا الشاب وهذا الحمل................................

فـــرع

حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصناً منها ووصله بأخرى فأكل من ثمر هذا الغصن لا يحنث، وقيل: يحنث (**ولو عين البسر أو الرطب أو اللبن**) بأن حلف لا يأكل هذا البسر أو الرطب أو اللبن فصار البسر رطباً والرطب ثمراً واللبن شيرازاً (**لم يحنث برطبه وثمره**) بالمثناة وهو ما يبسر منه (**وشيرازه**) أي: اللبن وهو ما خثر منه أي ثخن بعدما استخرج ماؤه يقال خثر اللبن وغيره من حد قتل ثخن واشتد فهو خاثر وخثر خثراً كتعب ويعدى بالهمز والتضعيف كذا في «المصباح»، وإنما لم يحنث لأن الأصل أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فإن زالت زال اليمين عنه وما لا تصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف، ولا خفاء أن صفة البسورة والرطوبة واللبنية مما قد تدعو إلى اليمين بحسب الأمزجة فإذا زالت زال ما عقدت عليه اليمين فأكله أكل ما لم تنعقد عليه (**بخلاف**) ما إذا حلف لا يكلم (**هذا الصبي وهذا الشاب وهذا الحمل**) فكلمه بعدما شاخ حنث لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي فلم يعتبر ما يحال داعياً إلى اليمين من جهله وسوء أدبه.

وكذا لو حلف لا يأكل من هذا الحمل فأكله بعدما صار كبشاً حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى اليمين فانعقدت على ذاته، قيل: فيه نظر إذ لا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقاً بل قد يجوز أو يجب إذا كان لله بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو إفساد عرضه بكلامه ولأن صفة الحمل غير داعية، كيف وهو غير محمود لكثرة زيادة رطوباته بخلاف الكبش فإن لحمه أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته؟

وأجاب في «الفتح» بأن هذا ذهول عن وضع المسائل وأنها إنما بنيت على العرف فينصرف اللفظ إلى المعتاد في العمل والعرف في القول وأن المتكلم لو أراد معنى تصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه ففي الحمل العموم يفضلونه وهو عندهم في غاية الصلاح وما يدركه إلا الأفراد من الأطباء فوجب بحكم العرف صرف اليمين إلى ذاته، وكذا الصبا لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لو يجعل داعية إلى اليمين فينصرف إلى ذاته وهذا لا ينافي كون حالف أراد تقييد يمينه بالحملية والصبا، إذ الكلام فيما إذا لم ينو ذلك قيد بالإشارة إليه لأنه لو حلف لا

لا يأكل بسراً فأكل رطباً لا يحنث، وفي لا يأكل بسراً، أو رطباً، أو لا يأكل رطباً، ولا بسراً حنث بالمذنب،

يكلم صبياً تقيد بزمن صباه فلو كلمه بعدما بلغ لم يحنث كما في «الكشف الكبير» لأنه بعد البلوغ يدعى شاباً وفتى إلى ثلاثين أو إلى ثلاث وثلاثين.

قال في «منية المفتي»: ما لم يغلب عليه الشمط فإذا جاوزها فكهل إلى خمسين وبعدها فهو شيخ، والأرملة التي بلغت ومات زوجها أو فارقها دخل بها أو لا، والأيم التي لا زوج وقد جومعت بنكاح صحيح أو فاسد أو فجور، والثيب كل امرأة جومعت بحلال أو حرام لها زوج أو لا، والبكر التي لم تجامع بنكاح ولا غيره وإن ذهبت العذرة بحيض وغيره/ وحليف القوم من يقول: أنا منكم ويحلف على ذلك ويحلفون له على الموالاة انتهى ما في «المنية». وينبغي في الصبية والشابة والعجوز أن يلاحظ فيهما السن المتقدم في الصبي والشاب والشيخ، وكذا الكهلة وظني أنه لم يسمع وعلى كل حال فإذا حلف لا يكلم كهلة وجب أن يراعي فيها سن الكهل المتقدم والله الموفق. [٢٨٤/ ب]

واعلم أنه قد يتراءى أنه لو حلف لا يكلم هذا المجنون فكلمه بعدما أفاق أن يحنث لأنه محل للرحمة والشفقة أيضاً كالصبي بل أولى لكن المنقول في «المجتبى» أنه لا يحنث، وكأنه لأن هذه الصفة داعية مخافة أن يبطش به ولو حلف (**لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث**) لأنه لم يأكل المحلوف عليه وهذا لأن يمينه إنما انعقدت على خصوص صفة البسرية لما مر من أنه داعية إليها قيد بالبسر لأنه لو حلف لا يأكل لوزاً أو جوزاً أو فستقاً حنث برطبه أيضاً، لأن الاسم يتناولهما كذا في «البدائع». (**وفي**) حلفه (**لا يأكل رطباً أو بسراً أو**) حلف (**لا يأكل رطباً ولا بسراً حنث بالمذنب**) بكسر النون منهما وهو من الرطب ما كان رطبه أكثر ومن البسر ما بدأ الإرطاب من ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة وهذا عند الإمام، وقالا: لا يحنث كذا في عامة نسخ «الهداية» وفي بعضها ذكر قول محمد مع الإمام وهو الموافق لما في أكثر كتب الفقه المعتبرة حيث. قال في «النهاية»: الله أعلم بصحة الأول، إلا أنه في «غاية البيان» جعل سلفه في ذلك الصدر الشهيد حسام الدين وحائل أن يكون عنه روايتان ولا خلاف أنه يحنث في حلفه لا يأكل رطباً أو لا يأكل بسراً فأكل الرطب المذنب وكذا البسر لأبي يوسف أنه لم يفعل المحلوف عليه لأن البسر المذنب لا يسمى رطباً ولا الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسراً، ويشهد لذلك ما اتفقوا عليه من أنه لا يحنث بشرائهما في حلفه لا يشتري بسراً ورطباً ولهما إن أكل ذلك الموضع أكل رطباً وبسراً فيحنث به لا يأكل هذا لأن أكل

ولا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب في لا يشتري رطباً، وبسمك في لا يأكل لحماً، ولحم الخنزير، والإنسان، والكبد والكرش لحم............

كل جزء مقصود لأنه يمضغ ويبلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فإنه يتعلق بجملة المشترى فيكون القليل تابعاً.

قال في «الفتح»: وقد يقال أولاً: التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده، أما لو أكل ذلك المحل مخلوطاً ببعض البسر تحققت التبعية في الأكل، وثانياً هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف وإلا فالرطب الذي يعقبه بسر لا يقال لآكله أكل بسر في العرف، فكان قول أبي يوسف أقعد بالمعنى (**ولا يحنث**) أيضاً (**بشراء كباسة بسر فيها رطب**) بكسر الكاف أي: عرجون ويقال العنقود أيضاً (**في لا يشتري رطباً**) لأن القليل تابع كما مر (و) لا يحنث (**بسمك**) أي: بأكله (**في**) حلفه (**لا يأكل لحماً**) استحساناً، والقياس أن يحنث وهو قول أبي يوسف كما قال في «المجمع»: لأنه سمي في القرآن لحماً وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء كذا في «الهداية»، ونقض بالإلية فإنها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها فالأولى أن يعلل بأنه لا يسمى به عرفاً، وقد علمت بناء الأيمان عليه وهذا المعنى لا يخالف فيه الثاني وعن هذا جزم في «الفتح» بأن الرواية عنه شاذة هذا إذا لم ينو شيئاً، أما إذا نواه فإنه يحنث بالطري والمالح.

واعلم أنه كما لا يحنث بأكل السمك لا يحنث بأكل مرق اللحم أيضاً إلا إذا نواه (**ولحم الخنزير والإنسان والكبد والكرش لحم**) فيحنث بأكلها في حلفه لا يأكل لحماً لأنها لحم حقيقة وإن حرم تناول لحم الخنزير والإنسان لأن اليمين قد تعقد على الحرام، ألا ترى أنه لو حلف لا يزني أو لا يكذب انعقدت يمينه واستشكل بأن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تناول بالمحظور؟ وأجيب بأن الحل والحرمة إنما يراعيان في السبب لا في الشرط والسبب في الحقيقة هو اليمين لأنه ينقلب سبباً عند الحنث والحنث شرط والشرط لا يضاف إليه الحكم. قال في «الفتح»: وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من أن السبب إنما هو الحنث وفيه أيضاً بطلان ما اتفقوا عليه من أن الإضافة في كفارة اليمين إلى الشرط لا إلى السبب وكل هذا بسبب التزام أن الكفارة تستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبراً لحرمة اسم الله الثابتة بالحنث معصية كان/ الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة انتهى. [٢٨٥/أ] ملخصاً ثم أنت خبير بأن هذا أعني حنثه بأكل ما ذكر ينافي بناء الأيمان على العرف إذ لا تذهب الأوهام في أكل اللحم إلى أكل لحم الآدمي والخنزير.

وبشحم الظهر في شحماً......................................

ومن ثم قال العتابي: قيل: الحالف إذا كان مسلماً ينبغي أن لا يحنث لأن أكله ليس بمتعارف ومبنى الإيمان على العرف وهو الصحيح، وفي «الكافي» وعليه الفتوى، ورده الشارح بأن هذا عرف عملي وهو لا يقيد اللفظ بخلاف اللفظي، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الإنسان للعرف اللفظي لأن اللفظ عرفاً لا يتناول إلا الكراع وإن تناوله لغة ولو حلف لا يركب حيواناً يحنث بالركوب على الإنسان لأن اللفظ يتناوله والعرف العملي وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً.

قال في «الفتح»: وهذا لقولهم في الأصول تترك الحقيقة بدلالة العادة وليست العادة إلا عرفاً عملياً، وفي بحث التخصيص من التحرير مسألة العادة العرف العملي مخصص عند الحنفية خلافاً للشافعية كحرمة الطعام وعادتهم أكل البر انصرف إليه وهو الوجه، أما بالعرف العقلي باتفاق كالدابة للحمار والدراهم على النقد الغالب وفي «الحواشي السعدية» أن العرف العملي يصلح مقيداً عند بعض مشايخ بلخ لما ذكر في كتب الأصول في مسألة إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفاً انتهى. وهذه النقول تؤذن بأنه لا يحنث بركوب الآدمي في لا يركب حيواناً فإيراد الفرع على ما في «الفتح» كما في «البحر» غير وارد لأن العادة حيث كانت مخصصة انصرفت يمينه إلى ما يركب عادة فتدبره، وأما الكبد والكرش وكذا الرئة والقلب والطحال فلأن نموها من الدم وتستعمل استعمال اللحم قيل: هذا في عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا لا يحنث ذكره في «الخلاصة» وغيرها.

ولا خلاف أنه يحنث بأكل لحم الإبل والغنم والبقر والطير في لا يأكل مطبوخاً كان أو مشوياً أو قديداً واختلف في أكل النيء، والأظهر أنه لا يحنث وفي «الذخيرة» لا يأكل لحم شاة لا يحنث بلحم العنز مصرياً كان أو قروياً، قال الشهيد: وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لأنه نوع لا يتناول الأعم، وفي «الخانية» ينبغي أن لا يحنث في الفصلين لأن الناس يفرقون بينهما ويؤيده ما في «التتارخانية» لا يأكل لحم بقر فأكل لحم جاموس لا يحنث ذكره في «الجامع» (و) لا يحنث أيضاً (**بشحم الظهر**) وهو اللحم السمين أي: يأكله (**في**) حلفه لا يأكل (**شحماً**) وإنما يحنث بشحم البطن خاصة عند الإمام، وقالا: يحنث به أيضاً وعلى هذا الخلاف لو حلف لا يشتريه أو لا يبيعه لهما أن خاصية الشحم وهي الذوب بالنار موجودة فيه فوجب كونه من نفس مسماه وله أنه لحم حقيقة لأنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ ألوان الطعام

وبإلية في لحماً وشحماً، وبالخبز في هذا البر ....

وبائعه في العرف لا يسمى إلا بائع اللحم، وعن هذا صحح غير واحد قول الإمام وحكى الطحاوي قول محمد معه وقال ابن الساعاتي في «شرح مجمعه»: الحق أنه إذا أريد به شحم اللحم فقوله أظهر وإن أريد شحم الكلية فقولهما أظهر وبقي من الشحوم شحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الأمعاء، وقد علمت أنه يحنث بشحم البطن اتفاقاً.

قال في «الكافي»: والثلاثة على الخلاف ولا يخلو عن نظر بل لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الأمعاء لأنه لا يختلف في تسميته شحماً كذا في «الفتح»، والحاصل أنه لا خلاف في الحنث في شحم البطن وما على الأمعاء كما لا خلاف في عدمه بما في العظم ولذا وضع المسألة في شحم الظهر لأنه محل الخلاف والله الموفق.

(و) لا يحنث أيضاً **(بإلية)** أي: بأكلها **(في)** حلفه لا يأكل **(لحماً وشحماً)**، وكذا في لا يشتري لأنه نوع ثالث حتى لا تستعمل استعمال اللحوم والشحوم كذا في «الهداية» وعليه جرى الشارح وغيره، والأول مسلم والثاني ممنوع إلا أن يراد جميع استعمالاته (و) لا يحنث أيضاً **(بالخبز)** أي: بأكله **(في)** حلفه لا يأكل من **(هذا البر)** بل لا بد من حنثه من أن يقضمها بكسر الضاد أي: يأكل بأطراف أسنانه غير نية عند الإمام.

وقالا: إن يأكل من خبزه حنث لأنه مفهوم منه عرفاً وله أن أكل عينه متعارف لأنه يأكل مغلياً ويسمى بالبليلة ومقلياً بأن يوضع جافاً في القدر ثم يؤكل فصار مطبوخاً هريسة، والحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس، ورجح بعضهم قولهما وفي «الذخيرة» الصحيح قول الإمام ولا خلاف أنه إذا نوى شيئاً/ اعتبر نيته وأنه لو قضمها حنث عندهما أيضاً هي الأصح، وقيل: [٢٨٥/ب] الأصح أنه لا يحنث عندهما ولو أكلها نية لا يحنث وفي «الأصول» يحنث كذا في «الدراية». ولو وزعه وأكل ما خرج منه لم يحنث اتفاقاً، ودل كلامه أنه لا يحنث بأكل دقيقها وسويقها عند الإمام ووافقه أبو يوسف وجزم محمد بأنه يحنث والفرق لأبي يوسف أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد به الخبز دون السويق، قال ابن الساعاتي:

أقول: كلام أبي يوسف على الرواية الناطقة أنه لا يحنث بقضمها أشد التئاماً، وأما على الرواية الأخرى التي اعتبر فيها عموم المجاز فقول محمد وضع المسألة في المعينة لأنه لو حلف لا يأكل حنطة قال شيخ الإسلام: على أن يكون جوابه كجوابهما ورده في «الفتح» بأنه تحكم والدليل المذكور المتفق على إيراده في جميع الكتب

وفي هذا الدقيق حنث بخبزه لا بسفه، والخبز ما اعتاده بلده، والشواء، والطبيخ على اللحم

وهو أن عينها مأكول يعمها، لكن في «الكشف الكبير» أشار شيخ الإسلام خواهر زاده في أيمان «الأصل» أن قول الإمام كقولهما في أن الحقيقة تترك بالمتعارف لكنه خالفهما في هذه المسألة لأنه قال: التعارف في حنطة غير معينة لا في حنطة بعينها وإذا لم يوجد التعارف في المعينة لا يترك العمل بالحقيقة لأنه تترك بالنية أو بالعرف، ولم يوجد واحد منهما وعلى قياس قوله يجب أن يكون الجواب كما قال انتهى.

إلا أن هذا بخلاف ما عليه أكثر الأصوليين من أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف، وعندهما بالعكس وعلى هذا فيجب أن يكون الجواب عنده أولى من المجاز في المعينة وفي المنكرة على حد سواء، ويوافقه ما في «الكشف» أيضاً معزياً إلى «التهذيب» من أن المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يقول: هذه، من غير أن يقول حنطة فيحنث بأكلها سواء أكلها كذلك أو طحنها فأكل المطحون وخبزها فأكل الخبز، الثانية أن يقول: حنطة فيحنث بأكل الحنطة سواء أكلها نياً أو مطبوخاً أو مبلولاً أو مقلياً ولا يحنث بأكل الدقيق والسويق والعجين والخبز، الثالثة أن يقول: هذه الحنطة وأشار إلى صبرة لا يحنث بأكله من دقيقها أو سويقها أو خبزها لقيد الاسم والله الموفق.

(وفي) حلفه لا يأكل من **(هذا الدقيق يحنث بخبزه)** وعصيده **(لا بسفه)** في الأصح لأن عينه غير مأكول فانصرفت يمينه إلى ما يتخذ منه، وفي «النوازل» لو اتخذ منه خبيصاً أخاف أن يحنث وينبغي أن لا يتردد في حنثه إذا أكل منه ما سمي في ديارنا بالكسكس **(والخبز ما اعتاده)** أهل **(بلده)** حتى لو حلف المصري والشامي أنه لا يأكل خبزاً انصرف إلى البر.

قال في «الفتح»: وينبغي أن يحنث بأكل الكماج لأنه خبز وزيادة، وفي «الخانية» أنه يحنث بالرقاق انتهى. وينبغي أن يراد به المسمى في ديارنا بالبيساني لا ما هو يحشى بالسكر واللوز كما هو ظاهر وأما الشعير فإنه يعتاده بعض أهل القرى فيحنث به ولو أن بدوياً اعتاده ودخل إلى بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر لا يأكل إلا الشعير كما أفتى به العلامة الكمال ولو كان الحالف زبيدياً انصرف إلى الذرة والدخن، أو من طبرستان فإلى خبز الأرز وهي اسم آمل وأعمالها والنسبة إليها طبري لأن أهلها كانوا يحاربون بالفأس أي: الطبر معرب قبر **(والشواء والطبيخ)** يقعان **(على اللحم)** أي: على ما يشوى منه ويطبخ فلو حلف لا يأكل شواء لا يحنث بأكل الجزر والباذنجان المشويين إلا أن ينوي كل ما يشوى، وكذا لو حلف لا يأكل طبيخاً لا يحنث إلا بأكل اللحم المطبوخ بالماء لتعذر التعميم إذ الدواء مما يطبخ وكذا

والرأس ما يباع في مصره، والفاكهة التفاح والبطيخ، والمشمش،..........

الفول اليابس المسمى في بلادنا بالفول الحار فصرف إلى أخص الخصوص وهو ما ذكرنا عملاً بالعرف فيهما، وفي عطف الطبيخ على الشواء إيماء إلى تغايرهما وهذا لأن الماء مأخوذ في مفهوم الطبيخ وإلا لكانا سواء، وكذا لو أكل قلية يابسة لم يحنث لأنها لا تسمى طبيخاً ومعنى وقوعه على اللحم أنه لا يقع على غيره إلا أن هذا يقتضي أنه لا يحنث بالأرز المطبوخ بلا لحم.

وفي «الخلاصة» أنه يحنث بالأرز المطبوخ بالودك بخلاف السمن والزيت، قال ابن سماعة: الطبيخ يقع على الشحم أيضاً، وفي «البدائع» وعلى الإلية أيضاً، وكأنهما لاتصالهما به ألحق به، وعلى هذا فقول من قال: إن ما يطبخ من الأدهان يسمى مزودة فلا يحنث / بأكله لأن لا يأكل محمول على غير طبيخاً اللحمية، وفي [٢٨٦/١] «الهداية» يحنث بأكل المرق لأنه يسمى طبيخاً لأن فيه من أجزاء اللحم، قال يعقوب باشا: وعلى هذا فينبغي أن يحنث بلا لحم في هذا لإطلاقهم عليه طبيخاً عرفاً لكن قدمناه أنه لا يحنث بالمرق وإليه يومئ قوله إن الطبيخ يقع على اللحم.

تتمة: حلف لا يأكل طعاماً فأكل ما يؤكل على وجه التطعيم كالخبز والفاكهة والملح والخل والكامخ والزيت حنث، قال في «الواقعات»: ولو أكل من الدواء الذي لا يكون له طعم ولا يكون غداء ويكون مراً كريهاً لا يحنث، وإن كان حلواً حنث، والنبيذ شراب عند الثاني طعام عند محمد، وأنت خبير بأن الطعام في عرفنا لا يطلق على ما ذكر فينبغي أن يجزم بعدم حنثه به (**والرأس**) ينصرف إلى (**ما يباع في مصره**) أي: مصر الحالف لا يأكل رأساً وهو ما يكبس في التنور أي: يطم أو يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في قميصه أدخله كذا في «المغرب» وهذا لأن العموم المتناول للجراد والعصفور غير مراد فصرفناه إلى ما تعورف وكان الإمام يقول أولاً: يتناوله للإبل والبقر والغنم، ثم رجع وخصه بالبقر والغنم وهما خصاه بالغنم وهذا اختلاف عصر لا حجة فعلى المفتي أنه يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع به حلف الحالف، (**والفاكهة التفاح والبطيخ**) بكسر الباء ويقال البطيخ أيضاً أخضر كان أو أصفر إلا أنه لا يكون يابساً.

وذكر الشارح أن البطيخ ليس من الفاكهة وما في «الكتاب» رواية القدوري ورواه الشهيد في «المنتقى» عن أبي يوسف: (**والمشمش**) والخوخ والسفرجل والإجاص والكمثري ونحو ذلك فيحنث بأكل هذه الأشياء في حلفه لا يأكل فاكهة لأنها اسم لما يتفكه به أي: ينتقم قبل الطعام وبعده زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي وهذا المعنى ثابت فيها، وفي «المحيط» ما روي من الجوز واللوز فاكهة في

لا العنب، والرمان والرطب، والقثاء والخيار. والإدام ما يصطبغ به كالخل، والملح والزيت لا اللحم، والبيض، والجبن،..

عرفهم أما في عرفنا فإنه لا يأكل للتفكه. وقال محمد: يسير السكر والبسر الأحمر فاكهة ولو حلف (**لا**) يأكل من فاكهة الطعام وثمار العام فإن كان في أيام الرطبة كان يمينه عليها فلا يحنث باليابس منها وإن كان في وقتها فهو على اليابس وهذا استحسان للعرف لأن (**العنب والرمان والرطب**) عند الإمام فلا يحنث بأكله، وقالا: يحنث لأن معنى التفكه موجود فيها بل التفكه فيها يفوق التفكه بغيرها من الفواكه، وله أنها مما يتغذى بها منفردة ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان فقصر معنى التفكه بها فلا يحنث بأحدها إلا أن ينويه، قال مشايخنا: وهذا اختلاف عصر فكان في عصره وزمنه لا يعد منها في زمنهما، ولقائل أن يقول: مبنى هذا على الجمع على اعتبار العرف والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة، ويمكن أن يجاب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما (**والقثاء والخيار**) والفقوس والعجور وكذا الزبيب والتمر وحب الرمان إجماعاً كما في «البدائع».

والحاصل أنه لا خلاف في أن النوع الأول فاكهة كما لا خلاف أن النوع الأخير ليس بفاكهة وفي الوسط خلاف، وقد علمت ما فيه (**والإدام**) أي: شيء (**يصطبغ**) الخبز عند اختلاطه (**به**) حتى يصير لكثرة امتزاجه قائماً به قيام الصبغ بالثوب وهو افتعال ولما كان فعله متعدياً إلى واحد جاء الافتعال منه لازماً (**كالخل والملح**) لأنه يؤول إلى الذوب في الفم ويحصل به الصبغ وبه عرف أنه لا تنافي بين هذا وبين تغيره بالمائع واندفع ما في «إيضاح الإصلاح» من أن الصبغ مختص بالمائع وللتنبيه على عموم الإمام قال: وكذا الملح إذ قد علمت أنه يصطبغ به أيضاً. على أنه يقتضي أن الإدام منه ما يصطبغ به وليس بالواقع (**والزيت**) والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق، وما لا يصطبغ به مما له جرم كجرم الخبز بحيث يؤكل وحده فليس بإدام وإلى ذلك أشار بقوله: (**لا اللحم والبيض والجبن**) وهذا عند الإمام والظاهر من قول الثاني.

وقال محمد: ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام، وهو رواية عن الثاني لأنه من المؤدمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له ولهما أن الإدام يؤكل تبعاً والتبعية في الاختلاط حقيقة فيكون قائماً به وفي أنه لا يؤكل على الانفراد حكماً، والحاصل أن ما يصطبغ به إدام إجماعاً وما يؤكل وحده غالباً كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب ليس إداماً إجماعاً على الأصح خلافاً لما قيل أنهما على الخلاف، ولا خلاف أيضاً أن الفول ليست بإدام، وبقول محمد أخذ الفقيه/ أبو الليث قال في «الاختيار» [٢٨٦/ ب] وهو المختار، وعملاً بالعرف في «المحيط» وهو الأظهر.

والغداء الأكل من الفجر إلى الظهر، والعشاء منه إلى نصف الليل والسحور فيه إلى الفجر...

قال القلانسي في «تهذيبه»: وعليه الفتوى والاستناد إلى العرف أولى مما استدل به محمد من أن ملك الروم كتب إلى معاوية «أن ابعث إلي شر إدام على يد شر رجل» فبعث إليه جبناً على يد رجل يسكن في بيت أصهاره وهو من أهل اللسان لأن ذلك موقوف على صحة هذه القصة وهي بعيدة إذ يبعد من إمام عالم أن يتكلف بإرسال شخص ملتزماً ....[1] لغرض مهمل كافر على أن السكنى في بيت الصهر لا توجب كون الساكن أشر رجل فأثار البطلان عليها لائحة.

قال التمرتاشي: وهذا الخلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل إلا رغيفاً فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما، أو حنث عند محمد **(والغداء)** بفتح المعجمة والمهملة مع المد أي: التغذي **(الأكل من طلوع الشمس إلى الظهر)** أي: في هذين الوقتين وهذا أولى من جعل بعضهم الأكل بمعنى المأكول إذ المحلوف عليه إنما هو التغذي لا الغذاء، وجزم في «الخلاصة» وغيرها بأن أول وقته من طلوع الشمس، وأهل مصر يسمون ذلك فطور إلى ارتفاع الضحى وهو غاية التصبيح فيدخل وقت الغداء، أي: فينبغي إجراؤهم على ما تعارفوه ولا بد أن يأكل أكثر من نصف الشبع في الغداة والعشاء والسحور كما في «الفتح»، وأن يكون مما يأكله أهل بلدة حتى لو شبع بشرب اللبن لم يحنث حيث كان مصرياً وحنث إن كان بدوياً وفي «الخلاصة» عن «الصغرى» التغذي عبارة عن أكل مترادف يقصد به الشبع والتعشي كذلك **(والعَشاء)** بفتح العين والمد أي: التعشي الأكل الظهر **(إلى نصف الليل)** لأن ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين، ولهذا سمي الظهر أحد صلاتي العشاء كذا في «الفتح»، وفي «الصحاح» العشي والعشية من صلاة المغرب إلى العتمة والعشاء بالكسر والمد مثل السنى وزعم قوم أن العشاء من زوال الشمس إلى طلوع الفجر وأنشدوا:

غدونا غدوة سحراً بليل ... عِشاء بعد ما انتصف النهار

انتهى.

قال الإسبيجابي: وهذا في عرفهم، أما في عرفنا فابتداء وقتها بعد صلاة العصر انتهى. وهو في عرف أهل مصر، والمساء مساءان أحدهما بعد الزوال، والآخر بعدما غربت الشمس فأيهما نوى صحت نيته فعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس وهو ما بعد الغروب لأنه لا يمكن حمل اليمين على الأول فيحمل على الثاني وهو ما بعد الغروب كذا في «الشرح» **(والسحور)** أي: التسحر الأكل **(فيه)** أي: في نصف الليل **(إلى)** طلوع **(الفجر)** لأن

---

(١) بياض في الأصل.

إن لبست، أو أكلت أو شربت، ونوى معيناً لم يصدق أصلاً ولو زاد ثوباً، أو طعاماً، أو شراباً دين لا يشرب من دجلة...............

السحر لما كان من الثلث الأخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه منه سحوراً بفتح السين والأكل فيه سحور، ومن قال: (**إن لبست**) أو قال (**إن أكلت أو شربت**) فعبدي حر (**ونوى**) بذلك (**معيناً**) بأن قال: نويت القطن أو والخبز أو اللبن (**لم يصدق أصلاً**)، يعني لا قضاء ولا ديانة بل يحنث كل شيء لبسه أو أكله أو شربه لأن النية إنما تعمل في الملفوظ التعيين بعض محتملاته وما نواه غير مذكور فلم تصادف النية محلها فلغت، وعن الثاني أنها تصح، واختاره الخصاف لأنه مذكور تقديراً وإن لم يذكر تنصيصاً، وأجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولاً وكذا اللبس والشرب والمقتضى لا عموم له كذا قالوا: والتحقيق أن هذا ليس من المقتضى لأنه ما يقدر لتصحيح المنطوق بأن يكون الكلام كذا ظاهراً أو غير صحيح شرعاً.

وقول القائل: لا آكل، خالٍ عن ذلك نعم المفعول أعني المأكول من ضروريات وجوه فعل الأكل، ومثله ليس من المقتضى بل من حذف المفعول اقتصاراً كذا في «الفتح» ومما يجانس هذا ما لو حلف لا يركب أو لا يغتسل أو لا ينكح أو لا يسكن دار فلان أو لا يتزوج امرأة ونوى الخيل ومن جناية امرأة معينة أو بالإجارة أو الإعادة أو لم تصح نيته أصلاً، وأورد ما لو حلف لا يسكن فلاناً ونوى المساكنة في بيت واحد وقال: إن خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلاً صدق فيهما ديانة حتى لو خرج إلى غير السفر، أو ساكنه في دار لا يحنث مع أنهما غير مذكورين، وأجيب بأن المساكنة متنوعة إلى كاملة/ وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقه وهي ما يكون في دار فإرادة الأول إرادة لأخص أنواعها، وكذا الخروج إلى سفر وغيره حتى اختلف أحكامها وللبحث فيه مجال. [١/٢٨٧]

(**ولو زاد**) على قوله إن لبست (**ثوباً**) أو على قوله إن أكلت (**أو**) شربت (**طعاماً أو شراباً دين**) أي: صدق ديانة لأن لا نكرة في الشرط فيعم كالنفي، إلا أنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء فيما إذا كانت اليمين بطلاق أو عتاق ولا تعلق للقضاء في اليمين بالله تعالى، وقالوا: النية للحالف في اليمين بالله تعالى إذا كان مظلوماً وإن كان ظالماً فالنية للمستحلف وفي الطلاق والعتاق النية للحالف فيكون فيه بكونه نوى معيناً لأنه لو نوى الكل حتى لا يحنث أصلاً صدق قضاء.

قال في «المحيط»: حلف لا يأكل طعاماً ولا يشرب شراباً وعنى جميع الأطعمة أو جميع مياه العالم صدق قضاء والمذكور في «الكشف الكبير» أنه يقع على الأدنى لأنه هو المتيقن به، فإن نوى الكل حتى لا يحنث أصلاً صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهو الظاهر، لأن فيه تحقيقاً على نفسه ولو حلف (**لا يشرب من دجلة**) أو

على الكرع بخلاف من ماء دجلة. إن لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم، فكذا، ولا ماء فيه، أو كان، فصب، أو أطلق، ولا ماء فيه لا يحنث،........................

الفرات أو النيل فيمينه (**على الكرع**) وهو تناوله بالضم من موضعه ولو إناء كما في «المغرب» وكذا لو قال ماء من دجلة كما في «البدائع» وهذا عند الإمام.

وقالا: يحنث بالشرب من إناء للتعارف وله أن من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهو مستعمله وكذا حنث بالكرع إجماعاً فمنعت المصير إلى المجاز، وإن كان متعارفاً كذا في «الهداية»، ومن هذا قال الشارح: الحق بناء هذا الاختلاف على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف، وعندهما بالعكس على ما مر، وأنت خبير بأن حقيقة دجلة وهي الأرض المشقوقة نهراً، لا تصح إرادتها فضلاً عن كونها مستعملة وبهذا اندفع كونها للتبعيض إذ المعنى حينئذٍ لا أشرب بعض الأرض المشقوقة نهراً وهذا مما لا معنى له وكذا بتقدير كونها للبيان، والصواب أن المراد بدجلة ماؤها إما من مجاز الحذف أو العلاقة لكنه يقيد كونه في نفس النهر على قوله ومطلقاً على قولهما، ورجح الإمام المجاز الأول لقربه وإذا عرف هذا فما في «البدائع» من التسوية بين لا أشرب من الدجلة، ولا من دجلة عنده مشكل هذا وشرط نجم الدين النسفي في حنثه بالكرع عنده أن يخوض الماء لأنه من الكراع، وهو من الإنسان ما دون الركبة كذا في «الظهيرية»، وهذا الشرط أهمله شراح «الهداية» كغيرهم لما قدمناه عن «المغرب» ويكفيك في رده ما استدل به الإمام من أنه ﷺ أتى قوماً فقال: «هل عندكم ماء بات في شن» وإلا كرعنا (**بخلاف**) ما لو حلف لا أشرب (**من ماء دجلة**) حيث يحنث إجماعاً بغير الكرع أيضاً، لأن الشرط هنا شرب منسوب إلى دجلة والعرف لا يقطعها قيد بدجلة لأنه لو قال: من هذا الجب فإن كان مملوءاً فيمينه على الكرع عنده خلافاً لهما، وإلا فعلى الاغتراف ولو تكلف وكرع من الأسفل فالأصح أنه لا يحنث لعدم العرف بالكراع في هذه الحالة ولو قال: لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث إجماعاً، ولو قال: من ماء الفرات حنث إجماعاً، ولو قال: من ماء المطر فجرت الدجلة بمائه لم يحنث ولو من ماء واد سال منه حنث إن لم يكن فيه ما صبه قبل ذلك، (**إن لم أشرب**) من (**ماء هذا الكوز اليوم، فكذا**) أي: فزوجته طالق أو عبده حر (**ولا ماء فيه، أو كان**) فيه ماء (**فصب**) أي: أهريق ولو في إناء آخر كالباقي قبل الغروب، وسواء كان ذلك بفعل الحالف أو غيره أو لم يكن بفعل أحد كما هو ظاهر إطلاقه هذا (**أو أطلق**) يمينه عن قيد الوقت كاليوم مثلاً (**ولا ماء فيه لا يحنث**) عندهما في الصور، وسواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم هو الأصح، وقال الثاني: يحنث والخلاف، مبني على أن تصور البر شرط

وإن كان فصب حنث........................

لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت والبقاء المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجوب البر وعند الثاني لا يشترط ذلك، وكان اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الحلف وهو الكفارة قلنا: لا بد من تصور الأصل لتنعقد في حق الحلف ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة لاستحالة البر فيها وإذا عرف هذا فعدم حنثه عندهما في المقيدة والمطلقة إذا لم يكن فيه ماء لعدم انعقاده اليمين، وإن كان فيه ماء فصب لبطلان ما استحالة البر في آخر الوقت لا يقال: البر متصور في هذه الصورة/ لأن عدد [٢٨٧/ ب] القطرات المهراقة ممكنة فيجب أن يحنث عندهما لأن البر إنما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من آخر اليوم يحنث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان، كذا في «العناية».

قال في «الحواشي السعدية»: وفيه تأمل ولعله وجهه أن الإعادة قبل آخر الوقت ممكنة فماله متصور، وعند أبي يوسف يحنث في المؤقتة في آخر الوقت وفي المطلقة إن لم يكن فيه ماء يحنث للحال (**وإن كان**) فيه ماء في المطلقة (**فصب حنث**) إجماعاً، والفرق لهما بين المطلقة والمؤقتة إن كان في المطلقة يجب البر كما فرغ فإذا فات لفوات ما عقد عليه اليمين حنث، وفي المؤقتة يجب البر في آخر الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب ويبطل في اليمين.

قال في «الفتح»: ولقائل أن يقول: وجوب البر في المطلقة في الحال إن كان بمعنى تعينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك أنه ليس كذلك، وإن كان بمعنى الوجوب الموسع إلى الموت فيحنث في آخر جزء من أجزاء الحياة فالمؤقتة كذلك فلأي معنى بطلت عند آخر جزء الوقت في المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من أجزاء الحياة في المطلقة انتهى. وجوابه يعرف مما قالوه وفي الفرق بينها وذلك إن إنما تقيد بطلانها في المؤقتة بالآخر لأن الحالف لم يلزمه نفسه بالفعل إلا فيه فالتأخير وإن لم يكن له أثر فيما إذا لم يكن فيه ماء أو صب إلا أن اللفظ لم يوجب تعيين الفعل إلا في الوقت، وبطلت في المطلقة لأنه لا فائدة في التأخير وتعين الحنث فيها بموت أحدهما مقيد بما إذا كان البر مرجواً أو لا رجاء له هنا فتدبره.

ومن فوائد هذا الخلاف لو قال لزيد: إن رأيت عمراً فلم أعلمك به فعبدي حر فرآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئاً لم يعتق عبده عندهما، ومنها لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان لم يحنث بإعطائه ومنها إن لم تصل صلاة الفجر غداً فأنت كذا فحاضت بكرة لا يصح في الأصح، ومنها إن لم تهبيني صداقك اليوم فأنت كذا، قال أبوها: إن وهبت له فأمك طالق، فحيلة عدم حنثهما أن تشتري منه ملفوفاً وتقبضه

حلف لأصعدن السماء، أو ليقلبن هذا الحجر ذهباً حنث للحال لا يكلمه فناداه، وهو نائم فأيقظه، أو إلا بإذنه فأذن له، ولم يعلم فكلمه حنث.........

فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لأنها لم تهب صداقها ولا الزوج لعجزها عنها وقت الغروب ومنها ليقضين فلاناً غداً دينه وفلان مات ولا علم له (**حلف لأصعدن السماء أو**) حلف (**ليقلبن هذا الحجر ذهباً حنث في الحال**) لأن البر متصور فيهما أي: ممكن فانعقدت يمينه.

وقال زفر: لا ينعقد لأنه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة كما الكوز قلنا: صعود السماء ممكن ولذا صعدتها الملائكة وبعض الأنبياء، وكذا تحويل الحجر ذهباً إما بخلع صفة الحجر وإلباس الذهبية أو بإعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها أجزاء ذهبية لكن التحويل في الأول أظهر غير أنه حنث في الحال للعجز الثابت عادة وضع المسألة في المطلقة لأن المقيدة يتوقف حنثه فيها إلى مضي الوقت حتى لو مات قبله لم يحنث، وفي «المنتقى» إن تركت مس السماء فعبدي حر لم يحنث، ولو قال: إن لم أمس السماء فكذا حنث من ساعته، والفرق أن في الأولى مس السماء غير مقدور للحالف عادة والترك لا يتصور في غير مقدور عادة، وفي الثانية الشرط هو عدم المس والعدم يتحقق في غير المقدور كذا في «المحيط» (**لا يكلمه فناداه وهو نائم فأيقظه أو**) حلف لا أكلمه (**إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم**) بالإذن (**فكلمه حنث**) في الوجهين، أما الأول فلأنه كلمه ووصل كلامه إلى سمعه ولذا شرط أن يوقظه وأفهم به أنه لو لم يوقظه لم يحنث وهو الذي عليه مشايخنا وهو المختار خلافاً لما ذكره القدوري من أنه يحنث إذا كان بحيث يسمع، ورجحه السرخسي متمسكاً بما في «السير» لو أمن المسلم أهل الحرب من موضع بحيث يسمعون صوته لكنهم باشتغالهم بالحرب لم يسمعوه فهذا أمان ودفع بالفرق وذلك أن الأمان يحتاط في إثباته بخلاف غيره، وظاهر أنه لو كان أصم وكلمه بحيث يسمع حنث بلا خلاف، ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث إلا إذا كان لم يقصده فلا يحنث ديانة إلا أن يقول إلا على واحد فيصدق قضاء أنه لم يقصده ولو سلم من الصلاة فإن إماماً والمحلوف عليه على يمينه لا يحنث وإن على يساره حنث لوقوع/ السلام في غير الصلاة وعن محمد أنه لا يحنث فيهما وهو الصحيح. [٢٨٨/أ]

قال في «الفتح»: والأصح ما في «الشامل» أنه يحنث إلا أن ينوي غيره وإن كان مقتدياً فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقاً ولو دق عليه الباب فقال: من؟ حنث، ولو قال: يا حائط اسمع كيت وكيت ففهمه المحلوف عليه لا يحنث، وفي «المحيط» لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أو فتح عليه

لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف لا يتكلم، فقرأ القرآن، أو سبح لم يحنث..........

القراءة وهو مقتدٍ لم يحنث، وخارج الصلاة يحنث ولو قال لآخر: إن ابتدأتك فعبدي حر فالتقيا وسلم وكل منهما على الآخر معاً لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء، ولو حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً لم يحنث بكلام أحدهما إلا أن ينوي كلاً منهما وعليه الفتوى.

واعلم أن الكلام لا يكون إلا باللسان فلا يكون بالإشارة ولا الكتابة والإخبار والإقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالإشارة والإيماء والإنشاء والإعلام والإظهار والإخبار يكون بالإشارة أيضاً، فإن نوى في الإظهار والإنشاء والإعلام كونه بالكلام والكتابة والإشارة دين، وأما الثاني فلأن الإذن اشتق اشتقاقاً كبيراً من الأذان أو من الوقوع في الأذن وكل ذلك لا يتحقق إلا بعد العلم وهذا إظهار قولهما، وعن الثاني أنه يحنث ونوقض هذا بما في «الصغرى» لو أذن لعبده وهو لا يعلم يصح الإذن ودفع بأن قال: حتى إذا صار مأذوناً فدل على أنه ليس له قبل العلم حكم الإذن، ولذا قال في «الشامل»: إنه لو تصرف قبل العلم ثم علم لم يجزِ تصرفه حلف **(لا أكلمه شهراً فهو)** أي: ابتدأ مدته **(من حين حلف)** لأن دلالة حاله وهو غيظه الباعث على اليمين يوجب ترك الكلام من الآن ثلاثين يوماً ولو عرفه كان على باقيه، وكذا لو قال: السنة انصرفت يمينه إلى باقيها وابتداء المدة كما قال.

وفي «البدائع» قال في بعض النهار: لا أكلمه يوماً كانت يمينه على بقية اليوم والليلة المستقبلة إلى مثل تلك الساعة أو إلى مجيء مثلها من الليلة المستقبلة فيدخل ما بينهما من النهار، ولو قال: اليوم ولا غداً لم تدخل الليلة انتهى. ولو لم يكرر حرف النفي كانت يميناً واحدة فيدخل الليل كما في «الواقعات» والله الموفق.

(لا يتكلم فقرأ القرآن أو سبح) أو هلل **(لا يحنث)** سواء كان في الصلاة أو خارجها وهو المختار للفتوى خلافاً لما اختاره القدوري من أنه يحنث لأنه لا يسمى متكلماً عرفاً، وفي «الواقعات» الفتوى على الأول إن كانت يمينه بالفارسية، وعلى ما اختاره القدوري لو كانت بالعربية، ولو زاد كلاماً حسناً ففي «الظهيرية» ما يفيد أنه يحنث حيث قال: كلما تكلمت كلاماً حسناً فأنت طالق ثم قال سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر طلقت واحدة، ولو حذف الواو من الكل طلقت ثلاثاً.

قال في «الفتح» بعد نقله: وقد يدفع بأن الكلام في مطلق الكلام عرفاً فيما لا فيما قيد بقيد أصلاً انتهى. أي: يدفع وروده على الإطلاق لكن بقي أن ظاهره أنه مع القيد يحنث بقراءة القرآن ولو في الصلاة فتدبره. وفي «تهذيب القلانسي» وكذا لا يحنث إذا قرأ الكتب ظاهراً وباطناً في عرفنا وهو ظاهر في اختصاص الكلام بما يعد به

يوم أكلم فلاناً، فعلى الجديدين فإن نوى النهار خاصة صدق، وليلة أكلمه على الليل إن كلمته إلا أن يقدم زيداً أو حتى أو إلا أن يأذن، أو حتى فكذا، فكلم قبل قدومه، أو أذنه حنث وبعدهما لا...

في العرف متكلماً فلو قرأ كتاب فقه أو نحو لم يحنث، وعلى هذا ينبغي أن لا يحنث أيضاً بإلقاء درس مالكن قد يعكر على هذا ما في «الفتح»، فأما الشعر فيحنث به لأنه كلام منظوم انتهى، وفي غير المنظوم أولى فتدبره، ولو قال: (**يوم أكلم فلاناً**) فكذا (**فعلى الجديدين**) أي: الليل والنهار لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد أريد به مطلق الوقت والكلام مما لا يمتد قال تعالى: ﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾ [الأنفال: ١٦] ولا فرق بين التولية ليلاً أو نهاراً وقد مر في تفويض الطلاق (**فإن نوى النهار صدق**) قضاء وديانة لأنه نوى حقيقة كلامه، وعن الثاني أنه لا يصدق قضاء (و) لو قال: (**ليلة أكلمه**) فامرأته طالق فهو (**على الليل**) خاصة لأنه حقيقة في سواه كالنهار للبياض خاصة ولم يجئ استعماله في الوقت كاليوم وأورد قوله:

وكنا حبسنا كل بيضاً شحمة ... لياليا لاقينا جذاماً وحميرا

سقونا كأساً سقونا بمثلها ... ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت لأن الحرب لم يكن ليلاً، وأجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالي بصيغة/ الجمع وذكر أحد العددين ينتظم بإزائه من الآخر، وكذلك [٢٨٨/ ب] الفرد ونظر فيه لاقتضائه أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة الليالي يتبعها أيام بقدرها والمتعارف في مثله أنه إنما يقصد به الوقت لا الجمع بين الأيام والليالي.

قال في «الفتح»: وليس بشيء فإن الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياماً ولياليها وهذا كثير، فأراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيد ولا دخل لذلك في خصوص عرف، ولو قال: (**إن كلمته**) أي: عمرو (**إلا أن يقدم زيداً**) أو قال: (**حتى**) يقدم زيداً (أو) قال: إن كلمته (**إلا أن يأذن**) زيداً (أو) قال: (**حتى**) يأذن (**فكلم قبل قدومه أو إذنه حنث، وبعدهما**) أي: بعد القدوم والإذن لو كلمه (**لا**) يحنث لأنه جعل القدوم والإذن غاية لعدم الكلام، أما في حتى فظاهر، وأما في إلا أن فلأن الاستثناء وإن كان هو الأصل فيها إلا أنها تستعار للشرط والغاية عند تعذره لمناسبة هي أن الحكم كل واحد منها يخالف ما بعده ومثله قوله تعالى: ﴿لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم﴾ [التوبة: ١١٠] وقيل هي استثناء.

قال في «الفتح»: وفيه شيء وهو أن تقدير الاستثناء فيها أي: إلى موتهم إنما يكون من الأوقات والأحوال على معنى امرأته طالق في جميع الأوقات والأحوال إلا وقت قدوم فلان أو إذنه أو إلا حال قدومه أو إذنه وهو يستلزم بقيد الكلام بوقت الإذن

وإن مات زيد سقط الحلف لا يأكل طعام فلان، أو لا يدخل داره، أو لا يلبس ثوبه، أو لا يركب دابته، أو لا يكلم عبده إن أشار وزال ملكه، وفعل لم يحنث كما في المتجدد، وإن لم يشر لا يحنث بعد الزوال، وحنث بالمتجدد، وفي الصديق والزوجة حنث في المشار بعد الزوال، وفي غير المشار لا، وحنث بالمتجدد.........

فيقتضي أنه لو كلمه بعد القدوم أو الإذن حنث، وهو غير واقع قيد بتأخير الجزاء لأنه لو قدمه بأن قال: امرأته طالق إلا أن يقدم زيد كان شرطاً لأن المعنى إن لم يقدم زيد ووجه بعضهم بأنها إنما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله، وهذا يشير إلى أن الكلام مما يمتد وقد مر ما فيه، (**وإن مات زيد**) قبل قدومه أو إذنه (**سقط الحلف**) أي: بطل عندهما بناء على ما مر من أن بقاء تصور البر شرط لبقاء اليمين المؤقتة وهذه كذلك لأنها مؤقتة ببقاء الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من البر بلا حنث ولم يبقَ ذلك بعد موت من إليه الإذن والقدوم، وعند الثاني ما لم يكن شرطاً بتأيدها عند سقوط الغاية ففي أي وقت كلمه حنث.

حلف (**لا يأكل الطعام فلان أو**) حلف (**لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب دابته أو لا يكلم عبده**) جعله من هذا النوع هو ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة أنه كالصديق (**إن أشار**) الحالف إلى الطعام بأن قال: طعام فلان هذا مثلاً (**وزال ملكه**) أي: ملك فلان ولو أي الحالف بإهدائه إليه (**وفعل**) الحالف المحلوف عليه (**لم يحنث، كما في المتجدد**) أي: لا يحنث بالمتجدد (**وإن لم يشر لا يحنث بعد الزوال، وحنث بالمتجدد، وفي الصديق والزوجة حنث في المشار**) أي: قوله: والله لا أكلم صديق فلان هذا وزوجته هذه (**بعد الزوال**) أي: زوال الصداقة والزوجية إجماعاً لأن الحر مما يقصد بالهجر فكانت الإضافة للتعريف هذا إذا لم يقل: فإنه عدو لي فإنه لا يحنث بعد الزوال لظهور أن الدواعي لمعنى في المضاف إليه نبه عليه الشارح (**وفي غير المشار**) إليه من الصديق والزوجة والملك أي: (**لا**) يحنث بعد الزوال (**وحنث بالمتجدد**).

واعلم أن حاصل هذه المسائل التي متى حلف على هجر ما يضاف إلى فلان إضافة ملك كطعام فلان أو نسبته كالصديق والزوجة، فإن لم يشر لا يحنث بعد الزوال لانقطاع الإضافة وإن لم يحنث بالمتجدد وإن أشار لم يحنث بعد الزوال والتجدد في إضافة الملك وحنث في غيرها في الوجوه كلها لأنه إذا لم يشر فالظاهر أن الدواعي كراهته في المضاف إليه وألا يعرفه باسم العلم كعبد فلان راشداً وفلانة زوجته، وإن احتمل هجر نحو الصديق لذاته وحينئذٍ فانعقدت يمينه على هجر المضاف إليه حال الإضافة فيحنث إذا كانت قائمة وقت الفعل سواء كانت وقت

لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه، فكلمه حنث الزمان، والحين، ومنكرهما ستة أشهر،

اليمين أو لم تكن، كإن اشترى عبداً بعد اليمين أو تزوج زوجة لا ما إذا انقطعت بأن باع كلاً من العبدين والدار وعادى الصديق وطلق الزوجة هذا عند الإمام، وعند محمد اليمين منعقدة في المملوك على الإضافة القائمة وقت الفعل وفي إضافة النسبة على المنعقدة وقت اليمين فيحنث لو كلم الزوجة بعد الطلاق والصديق المعادى/ لا بما تجدد. [٢٨٩/أ]

وأما إذا أشار فعدم الحنث في المملوك قولنا وقول محمد: يحنث فيه اعتباراً للإشارة لأنها أبلغ ولهما أن هجر المضاف إذا كان مملوكاً ليس لذاته فتقيد ببقاء النسبة مع الإشارة وعدمها بخلاف غير المملوك لما مر هذا إذا لم ينو شيئاً، فإن نوى شيئاً كان على ما نواه، وفي بعض الشروح لا أتزوج بنت فلان لا يحنث بالتي تولد بعد اليمين بالإجماع، واستشكله في «الفتح» بأنها إضافة نسبية ينبغي أن تنعقد على الموجود حال التزوج فلا جرم أن في التفاريق عن أبي يوسف إن تزوجت بنت فلان أو أمته على الموجود والحادث (**لا أكلم صاحب هذا الطيلسان**) معرب تيلسان أبدلوا التاء منه طاء من لباس العجم مدور سواء لحمته وسداه صرف (**فباعه فكلمه حنث**) بالإجماع، لأن هذه الإضافة لا يجوز أن تكون لغير التعريف إذ الإنسان لا يعادي لمحض الطيلسان فتعلقت اليمين بعينه.

ولذا لو كلم المشتري لم يحنث وظاهر أن الطيلسان مثال لأن قوله صاحب هذه الدار ونحوه كذلك (**الحين والزمان، ومنكرهما ستة أشهر**) لأن كلاً منهما للقدر المشترك بين القليل والكثير والتوسط، واستعمل في الكل فمن الأول ﴿فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون﴾ [الروم: ١٧] ومن الثاني ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾ [الإنسان: ١] فالمفسرون على أنه أربعون سنة وأراد بالإنسان آدم ومن الثالث ﴿تؤتى أكلها كل حين﴾ [إبراهيم: ٢٥] قال ابن عباس: ستة أشهر والزمان يستعمل استعمال الحين فحملناه على الوسط لا فرق بين الزمان والحين، هو الصحيح كما في «البدائع» ويعتبر ابتداء السنة من وقت اليمين بخلاف لأصومن حيناً أو زماناً فإن له أن يعين أي سنة شاء، كذا في «الفتح» والأحايين والأزمنة على عشر مرات ستة أشهر كذا في «شرح الطحاوي»، وكأنه لأن أفاعيل من جموع الكثرة.

فرع: العمر الأبد واختلف جواب بشر في المنكر لله عليه صوم عمر فمرة قال: يقع على يوم واحد ومرة قال: إنه كالحين.

وفي «السراج» لأكلمه ملياً فهذا على ستة أشهر إلا أن ينوي غير ذلك ولو لأهجرنك ملياً فهذا على عشر فصاعداً، وإن نوى أقل من ذلك لم يدين في القضاء،

والدهر، والأبد العمر، ودهر مجمل. والأيام، وأيام كثيرة والشهور، والسنون عشرة،

ولو قال: إلى بعيد كان إلى شهر فصاعداً، وإلى قريب كان على أقل من شهر كعاجلٍ، ولو قال: كذا كذا يوماً فعلى أحد عشر يوماً، ولو قال: كذا وكذا يوماً فعلى أحد وعشرين ولو بضعة عشر يوماً فعلى ثلاثة عشر يوماً انتهى.

والشتاء أوله إذا لبس الناس الحشو وآخره إذا ألقوه وهو أول الصيف، والربيع آخر الشتاء ومستقبل الصيف إلى يبس العنب، والخريف فصل بين الشتاء والصيف، وغرة الشهر ورأس الشهر أول ليلة منه ويومها، وأول الشهر إلى ما دون النصف، وآخره إلى مضي خمسة عشر يوماً (**والدهر والأبد**) في حلفه لا يكلمه الدهر، أو الأبد هو (**العمر**) لأن للعرف منهما يراد الأبد عادة وما بعد موته لم يدخل تحت اليمين فصرفناه إلى ما بقي من عمره منذ حلف.

وفي «السراج»: لو حلف لا يكلمه العمر فهو على الأبد عند عدم النية ولو نكره، فعن الثاني أنه يقع على يوم وفي رواية عنه على ستة أشهر كالحين وهو الظاهر (**ودهر مجمل**) أي: غير مفسر عند الإمام، حيث قال: لا أدري ما هو وهو أول دليل على نهاية كماله إذ قد ثبت هذا عن الجناب الرفيع وعن جبريل أيضاً لأن اللغات لا تدرك بالقياس والعرف لم يعلم استمراره لاختلافه استعمالاً، وروى الثاني عن الإمام أن المنكر والعرف سواء، والأصح أن الخلاف مقصور على المنكر وقد جمعت المواضع التي توقف فيها الإمام رضي الله تعالى عنه وأرضاه وجعل الجنة متقلبه ومثواه:

من قال لا أدري بما لم يدره ... فقد اقتدى في الفقه بالنعمان
في الدهر والخنثى كذان جوابه ... ومحل أطفال ووقت ختان

وأوصلها بعضهم إلى ثمانية قوله:

ورع الإمام الأعظم النعمان ... سبب التوقف في جواب ثمان / [٢٨٩/ ب]
سؤر الجمار تفاضل جلالة ... وثواب جني على الأيمان
والدهر والكلب المعلم ثم مع ... ذرية الكفار وقت ختان

وذكر الحدادي أنها أربعة عشر مسألة، وقالا: إنه كالحين لأنه استعمل استعماله فإن قولك ما رأيتك منذ دهر ومنذ يوم واحد، وغير خاف أنه إذا لم يرو عن الإمام شيء في مسألة وجب الإفتاء بقولهما، (**والأيام وأيام كثيرة**) في حلفه لا يكلمه الأيام وأياماً كثيرة (**والشهور والسنون**) والجمع والدهور والأزمنة (**عشرة**) من كل صنف

ومنكرها ثلاثة.

عند الإمام، وقالا: في الأيام تنصرف إلى أيام الأسبوع وفي الشهور إلى اثني عشر شهراً، وفيما عداهما إلى الأبد لأن اللام للعهد فعند الإمكان تصرف إليه، وإلا فهي للاستغراق وهو ثابت في الأيام السبعة ولا عهد فيما سواهما فصرف إلى استغراق هذه الأصناف وله أنه جمع معرف باللام فينصرف إلى أقصى ما عهد مستعملاً فيه لفظ الجمع على التعيين وذلك عشرة، ثم في حلفه لا يكلمه الجمع له أن يكلمه في غير يوم الجمعة في قولهم جميعاً لأن يمينه إنما تقع على عشرة أيام كل يوم جمعة فإن نوى أيام الأسبوع فعلى ما نوى.

(**ومنكرها**) أي: منكر الأيام والشهور والسنين (**ثلاثة**) من كل صنف يعني إذا لم توصف لما قدمه من أنه مع الوصف يقع على عشرة لأنه بالوصف علم أنه لم يرد الأقل وهذا رواية «الجامع»، وهو الصحيح وسوى في «الأصل» بين المنكر والعرف في الأيام، وفي «الظهيرية» حلف لا يكلم فلاناً أيامه هذه قال الثاني: هو على ثلاثة أيام ولو قال: لا أكلمه أيامه فهو على العمر قيد بالظروف لأنه لو قال: والله لا أكلم رجالاً أو عبيداً حنث بثلاثة.

وفي «المغرب»: يحنث بأدنى ما ينطلق عليه الاسم عند عامة المشايخ فيحنث بالواحد وصرفه بعضهم إلى كل الجنس، ذكر في «الذخيرة» وفي «تهذيب» القلانسي، وأما الأطعمة والنساء والثياب فيقع على الواحد إجماعاً ولو نوى الكل صحت نيته.

تتمة: سكت كثير عن الجمع المضاف كلا يركب دواب فلان أو لا يلبس ثيابه أو لا يكلم عبيده وحكمه أنه يحنث بثلاثة مما سمى، وإن كان له أكثر بخلاف ما لو حلف لا يكلم زوجات فلان أو أصدقاءه حيث لا يحنث ما لم يكلم الكل، والفرق أن المنع في الأول لا لمعنى في المحلوف عليه بل باعتبار النسبة إلى فلان وقد ذكر النسبة باسم الجمع وأقله ثلاثة، وفي الثاني لمعنى فيه فتعلقت اليمين بالأعيان ولو نوى بالأول الكل دين كذا في «الذخيرة» وإخوة فلان من الثاني غير أنه إذا لم يكن له إلا أخ واحد فإن كان يعلم حنث به وإلا لا، كذا في «الواقعات». وينبغي أن يكون الأصدقاء والزوجات كذلك والله سبحانه وتعالى هو الموفق.

باب اليمين في الطلاق والعتاق

إن ولدت فأنت كذا حنث بالميت بخلاف فهو حر، فولدت ولداً ميتاً، ثم آخر حياً عتق الحي وحده، أول عبد أملكه، فهو حر فملك عبداً عتق، ولو ملك عبدين معاً، ثم آخر لا يعتق واحد منهم، ....

باب اليمين في الطلاق والعتاق

قدم هذا الباب على غيره لكثرة وقوع الحلف بهما (**إن ولدت فأنت كذا**) أي: طالق (**حنث بالميت**) لأنه ولد حقيقة وعرفاً وشرعاً بدليل أن العدة به تنقضي وتصير به نفساء والأمة أم ولد، وكذا لو كان سقطاً قد استبان بعض خلقه لما مر من أنه ولد في الحديث «يظل السقط مختبطاً على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة»[1] روي بالهمز وهو العظيم البطن المنتفخ يعني تنتفخ بطنه من الامتلاء من الغضب وبتركه وهو المغتضب المستبطئ للشيء (**بخلاف، فهو حر**) حيث يشترط أن يكون حياً عند الإمام حتى (**لو ولدت ميتاً وحياً عتق الحي وحده**)، وقالا: لا يعتق واحد منهما لتحقق الشرط بولادة الميت لكنه لما لم يكن محلاً للحرية انحلت اليمين لا إلى جزاء وله أن الشرط ليس إلا الولد الحي وهو لأنه إلى جعل الجزاء وصفاً للموصوف بالشرط بالحياة وإلا لغي بخلاف جزاء الطلاق لأنه لا يصلح مقيداً للولد بالحي لأن الطلاق واقع واصفاً لغيره فلا يلزم تقييده وأورد ما لو قال: إن اشتريت عبداً فهو حر فاشترى عبداً لغيره ثم لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالأول، ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد نفسه، وأجيب بأن المشتري لغيره محل للإعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفاً ولا غيره.

وفي «الإيضاح» لو قال: أول عبد دخل علي فهو حر، فأدخل عليه عبد ميت ثم حي عتق الحي في قول الثلاثة هو الصحيح / لأن العبودية لا تبقى بعد الموت. [١/٢٩٠] (**أول عبد أملكه فهو حر فملك عبداً عتق**) لوجود الأول الذي هو اسم لفرد سابق، (**ولو ملك عبدين معاً ثم**) ملك (**آخر لا يعتق واحد منهم**) لعدم وجود الشرط، أعني الفردية قيد بملك العبدين معاً لأنه لو ملك عبداً ونصفاً معاً عتق التام بخلاف ما لو قال: أول كراً أملكه فهو هدي فملك كراً ونصفاً كذلك لم يهد شيئاً لأن النصف يزاحم كل نصف من الكر لأنه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فإنه متصل بالآخر فيكمل العبد بنصف، ذكره التمرتاشي.

---

(١) لم أجده.

ولو زاد وحده عتق الثالث ولو قال: آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبداً فمات لم يعتق، فلو اشترى عبداً، ثم عبداً، فمات عتق الآخر كل عبد بشرني بكذا، فهو حر، فبشره ثلاثة متفرقون عتق الأول،..........................

(**ولو زاد**) الحالف على كلامه الأول لفظة (**وحده عتق الثالث**)، قيد بذلك لأنه لو قال: واحد لا يعتق والفرق أن واحد يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضي نفي المشاركة المقرون به دون الذات وكل منهما حال من المفعول لكنها بالاعتبار الأول مؤكدة إذ كل واحد من الثلاثة أول بهذا المعنى، وبالاعتبار الثاني مؤسسة قيد في علمها أي: أملكه منفرداً بالمملوكة، وهو صادق بالثالث وهذا المعنى وإن احتمل أن يكون في واحد أيضاً فيعتق لكنه لا يعتق بالشك وجوّز شمس الأئمة كونه حالاً من العبد، يعني على وزان ﴿أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً﴾ [النحل: ١٢٣]، وكونه حالاً من المولى فلا يعتق بالشك وبهذا التقرير علمت أن ما في «البحر» من أن الحر على أنه صفة للعبد كالإضافة أعني وحده مدفوع بل هو كالنصب لأنه يفيد أيضاً نفي المشاركة في الذات، ولم أرَ في كلامهم الدفع على أنه خبر لمبتدأ محذوف والظاهر أنه لا يعتق أيضاً كالنصب فتدبره.

فلو قال: أول عبد أشتريه بالدنانير أو أسود فاشترى عبدين بدراهم ثم واحد بالدنانير أو عبيد بيضاً ثم أسود عتق الثالث، (**ولو قال: آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبداً ومات**) المولى (**لم يعتق**) العبد لأن آخر اسم لفرد لاحق والفرد لا سابق له فلم يكن له لاحقاً فلم يتحقق مناط العتق، وهذه المسألة مع التي قبلها تحقق أن المعتبر في الأخيرية وجوب سابق بالفعل وفي الأولية عدم تقيد غيره وإلا لم يعتق المشترى في أول عبد اشتريته فهو حر إذا لم يشترط بعده غيره (**فلو اشترى عبداً ثم**) اشترى (**عبداً**) آخر (**فمات عتق الثاني**) لتحقق مناط العتق غير أنه يستند إلى وقت الشراء عند الإمام حتى يعتبر من جميع المال إن كان الشراء في الصحة، وإلا فمن الثلث وعندهما يقتصر على حالة الموت فاعتبر من الثلث على كل حال.

تتمة: بقي ما لو قال: أوسط عبد والمذكور في «البدائع» أن الوسط لا يكون إلا في وتر ولا يكون في شفع، فالثاني من الثلاثة وسط وكذا الثالث من الخمسة وعلى القياس (**كل عبد بشرني بكذا**) أي: بقدوم ولدي مثلاً (**فهو حر فبشره ثلاثة متفرقون عتق الأول**) فقط، لأن البشارة إنما تحققت منه لأنها اسم لخبر سار وصدق ليس للمبشر به علم فخرج الضار والكذب فإنهما وإن تغيرت بشرة الوجه بهما إلا أنهما في العرف إلا كذلك، ولا يختص لغة بالسار بل قد يكون في الضار أيضاً ومنه

وإن بشروه معاً عتقوا، وصح شراء أبيه للكفارة........

﴿فبشرهم بعذاب أليم﴾ [آل عمران: ٢١٠] ودعوى المجاز مدفوع بمادة الاشتقاق، إذ لا شك أن الإخبار بما يخافه الإنسان يوجب تغير البشرة أيضاً.

وقوله: ليس للمبشر به علم خرج الخبر وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام «مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال: من أحب أن يقرأ القرآن غضاً طرياً كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد فابتدره أبو بكر وعمر بالبشارة فسبق أبو بكر فكان يقول بشرني أبو بكر وأخبرني عمر»[1] ولو كتب إليه أحدهم كتاباً بالبشارة عتق إلا إذا نوى المشافهة، وكذا لو أرسل إليه رسولاً في البشارة والخير بخلاف الحديث فإنه لا يعتق إلا بالمشافهة كما في «الذخيرة».

ولو قال: من أخبرني أن فلاناً قدم فكذا عتق بالكذب إلا إذا عدي بالباء بأن قال: من أخبرني بقدومه فإنه يشترط فيه الصدق لإفادتها صادق الخبر بنفس القدوم، وكذا لو قال: إن كتبت بقدوم فلان بخلاف أن فلان قدم والإعلام كالبشارة كما في «البدائع» وحينئذ فلا فرق بين أن يذكر الباء أو لا، **(وإن بشروه معاً عتقوا)** لتحققها من الكل قال تعالى: ﴿فبشروه بغلام عليم﴾ [الذاريات: ٢٨] أضاف البشارة إلى الكل وهذا لأن حقيقتها تتحقق بالأولية من فرد فأكثر **(وصح شراء أبيه للكفارة)** / لأنه عليه الصلاة والسلام جعل شراءه إعتاقاً بقوله: «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتق»[2]. رواه الجماعة إلا البخاري، أي: فيعتق هو عند ذلك الشراء إذ الفعل إذا عطف على آخر بالفاء كان الثاني ثابتاً بالأول كسقاه فأرواه، وأطعمه فأشبعه قيد بالشراء لأنه لو ملكه بالإرث لم يعتق عن كفارته إذا نواه، لأنها نية متأخرة عن العتق بخلاف ما إذا وهب له أو أوصى إليه به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فإنه يصح لسبقها مختاراً في السبب، كذا في «الفتح» تبعاً للشارح، وكأنه في «البحر» لم يطلعْ على هذا فقال: لم أرَ ذلك صريحاً وكلامهم يفيده غير أنه زاد مما لم يطلع عليه ما لو جعله مهراً ولا شك في صحة النية أيضاً، وظاهر أن المراد بالأب أصله فيشمل الأم أيضاً دلالة فكان الأليق بهذه المسألة مع ما بعدها.

[٢٩٠/ ب]

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٥).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٠)، والترمذي في سننه (١٩٠٦)، وأبو داود في سننه (٥١٣٧)، والنسائي في الكبرى (٤٨٩٦)، وابن ماجه في سننه (٣٦٥٩).

لا شراء من حلف بعتقها، وأم ولده إن تسريت أمة، فهي حرة صح لو في ملكه............

فصل: الكفارة لا يصح شراء من حلف بعتقه للكفارة بأن يقول لعبد غيره: إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناوياً به العتق عن كفارته، وإنما لم يصح لأن هذه النية يشترط قرانها لعلة العتق وهو اليمين والفرض أنه لم ينوِ عند التكلم بل عند مباشرة الشرط حتى لو قال: إن اشتريته فهو حر عن كفارة يميني صح، **(ولا)** عطف على **(من)** أي: لا يصح أيضاً أم ولده أي: **(حلف بعتقها)** للكفارة بأن يقول لأمة الغير التي استولدها بنكاح: إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني، وأما إذا اشترى أم ولده ناوياً عند الشراء الكفارة فقد مر أنه لا يجوز فذكرها هنا ليس إلا للفرق بين الشراءين.

وقوله في «الفتح»: مع أنه في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه، وهما القرابة والاستيلاد فيه نظر إذ لا إيجاب للقرابة أصلاً وإن كان جزء علة لأن الحكم إنما يضاف إلى الجزء الثاني وهو الملك وحاصل الفرق هكذا للفرق بين شراء القريب للكفارة **(وأم الولد)** وإلا فعتق أم الولد لا يجزئ عن الكفارة معلقاً ولا منجزاً، لأن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل إعتاقاً من وجه فلم يكن عتقها بالشراء إعتاقاً من كل وجه إلاّ إذا لم يكن قبل الشراء عتق من وجه **(إن تسريت أمة)** أي: اتخذت سرية فعلية منسوبة إلى السر وهو الجماع أو الإخفاء لأن الإنسان يسره وضمت السين لتغير الأبنية بالنسبة كما قالوا بالنسبة إلى الدهر دهري للمعمر نعم إن كانت من السرور فإنها تسر بهذه الحالة ويسر هو بها أي: من السرور والسيارة فضم سينها على الأصل، ومعنى التسري عندهما أن يحصن أمته ويعدها للجماع أفضى إليها بمائه أو عزل عنها، وعند الثاني أن لا يعزل ماءه مع ذلك.

قلنا: مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع إلى الجماع أو غير ذلك لا يقتضي الإنزال فيها لأن كلاً منهما يتحقق دونه فأخذه في المفهوم واعتباره لا دليل عليه **(فهي حرة صح)** كلامه **(لو)** كانت الأمة **(في ملكه)** يوم حلف لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك، وهذا لأن أمة نكرة في سياق الشرط فتعم كالنفي، وأما إذا اشترى جارية وتسراها فإنها لا تعتق عندنا وهو قول الأئمة الثلاثة، وقال زفر: تعتق لأنه لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك.

قلنا: الملك صار مذكوراً لضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي «فتح القدير» لو حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث، ذكره القدوري في «التجريد» عن أبي حنيفة، ولو

وإلا لا. كل مملوك لي حر عتق عبيده القن، وأمهات أولاده، ومدبروه،لا مكاتبه هذه طالق، أو هذه، وهذه طلقت الأخيرة، وخير في الأوليين، وكذا العتق والإقرار.

قال: إن تسريت جارية فعبدي حر فاشترى عبداً ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستجد انتهى.

وهذا يفيد أن الجماع بالفعل مأخوذ في مفهوم التسري ولو حصنها (و) أعدها للجماع (إلا) أنه لم يجامعها لم تعتق فتدبره، فإنهم أغفلوا التنبيه عليه هناك وبه علم جواب حادثة أخطأ فيها بعض من انتسب للفقه حيث أفتى بأنه (لا) يقع قياساً على مسألة «الكتاب» وهي ما لو قال: إن تسريت أمة فأنت طالق وتسرى جارية فحصنها فإن الطلاق يقع.

(**كل مملوك لي حر عتق عبيده ومدبروه**) من الرجال والنساء (**وأمهات أولاده**) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل والملك فيمن ذكر كامل رقبة ويداً، ولو نوى الرجال فقط صدق ديانة أو عكسه لم يصدق كما لو قال: عنيت السود أو البيض (**لا**) يعتق (**مكاتبه**) ولا معتق البعض لأن الملك غير ثابت فيه يداً ولذا لا يملك اكتسابه إلا أن ينويه (**هذه طالق أو هذه/ وهذه طلقت الأخيرة وخير في الأولين**) لأن أو لأحد المذكورين [١/٢٩١] وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالث على المطلقة منهما والعطف يشترك في معنى المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز، وإنما التوقف في التعيين فصار كما لو قال: أحدكما طالق وهذه.

(**وكذا العتق**) بأن قال لعبيده: هذا حر أو هذا وهذا وقد يقال العطف بالواو كما يصح على أحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية والثالثة معاً فيلزمه البيان كذلك في الطلاق والعتاق، كذا في «الفتح» وفي تقدير الشارح ما يفيد الجواب وحاصله أنا لا نسلم عطف وهذه على هذه الثانية للزوم أن يكون المعنى هذه طالق وهاتان طالقان والإخبار عن المثنى بالمفرد غير صحيح (**والإقرار**) بأن قال لفلان على ألف أو لفلان وفلان كان نصف الألف للثالث وعليه بيان من لهم نصف الآخر من الأوليين قيد بعدم ذكر الخبر لأنه لو قال: هذه طالق أو هذه وهذه طالقان أو هذا حر أو هذا وهذا حران لم تُطَلّقْ واحدة ولم يعتق أحد بل يخير إن اختار الإيجاب الأول وحده طلقت الأولى وحدها، والعبد الأول وحده أو الثاني عتق الأخيران وطلقت الأخيرتان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

باب اليمين في البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها

ما يحنث بالمباشرة، لا بالأمر البيع والشراء، ....

باب اليمين في البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها

قدم البيع والشراء لكثرة وقوعهما ثم الضابط هنا أحد أمرين، الأول: أن كل فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر لم يحنث الحالف فيه بفعل الوكيل والمأمور وما لا حقوق له ترجع إلى المباشرة يحنث، سواء كان له حقوق أو لا، والثاني: أن كل ما يستغني المأمور في مباشرته عن إضافته إلى آآمر لا يحنث بمباشرة المأمور وإن كان لا يستغني عن الإضافة يحنث، وبالثاني دخل نحو الخصومة مما لا حقوق له ترجع إلى المأمور فإنه يحنث فيها بالتوكيل على ما سيأتي، وبهذا التقرير علمت أن القسمة ثنائية كما جرى عليه المصنف والأكثرون وجعلها في «الخانية» ثلاثية بجعل ما لا حقوق له قسماً ثالثاً.

وادعى في «البحر» أنه الأولى لأن ما لا حقوق له يخرج عنهما، وقد علمت أنه لا يخرج نعم يرد على الثاني الصلح عن إنكار فإنه من الثاني مع أنه يستغنى فيه عن إضافته إلى الآمر كما في «شرح الوقاية» (**ما يحنث**) فيه (**بالمباشرة**) أي: مباشرته بنفسه (**لا**) يحنث فيه (**بالأمر**) إلا إذا كان الحالف سلطاناً أو قاضياً أو شريفاً فيحنث بالأمر أيضاً، نص عليه في «الكافي» فلو باشره مرة وترك أخرى اعتبر الأغلب جزم به في «الخانية» ووسيط «المحيط» والبزازي.

قال في «القنية»: وقيل ينظر إلى العين المبيعة إن كانت مما يشتري بنفسه لشرفها لا يحنث بفعل وكيله إلا أن يقصد أن لا يفعل ذلك بنفسه، وإن كانت مما لا يشتريها بنفسه لحسنها أو لغير ذلك يحنث بشراء الوكيل (**البيع**)، فلو حلف لا يبيع فوهب بشرط العوض ينبغي أن يحنث كذا في «القنية» وبه جزم في «الظهيرية» ولو حلف لا يبيع داره فأعطاها صداقاً لامرأته إن أعطاها عوضاً عن دراهم المهر حنث لا إن تزوجها عليها (**والشراء**) فلو حلف لا يشتري منه فأسلم إليه في ثوب حنث، ولو اشترى منه بالتعاطي قيل: يحنث وفي «مجموع النوازل» وضع المسألة في البيع فقال: إن حلف لا يبيع الخبز فباعه بالتعاطي من الجانبين لا يحنث وفي «شهادات

والإجارة والاستئجار، والصلح عن مال، والقسمة، والخصومة وضرب الولد. وما يحنث بهما النكاح،........................

القدوري» ما يؤيده حيث قال: لا يسع من عاين ذلك أن يشهد على البيع بل على التعاطي كذا في «البدائع»، وفي «القنية» حلف لا يشتري لا يحنث بالتعاطي وقد اختلف فيه أئمة بخارى وسمرقند، وقال الأولون: لا يحنث بالتعاطي، والآخرون يحنث ثم رقم «للمتنقى» وقال: لا يحنث وفيها عن الكرابيسي حلف إن اشتراها يحنث بالإقالة، كذا في «عقد الفرائد».

وفي «الظهيرية»: باع عبده من رجل وسلم إلى المشتري ثم حلف البائع أن لا يشتريه من فلان ثم إن المشتري أقال البيع وقبل البائع الإقالة لا يحنث، فلو كان الثمن ألف درهم فوقعت الإقالة بمائة دينار أو أكثر من الثمن الأول أو أقل حنث قيل: هذا قولهما وأما على قول الإمام فلا يحنث **(والإجارة والاستئجار)** فلو حلف لا يؤجر وله مستغلات أجرتها زوجته وقبضت الأجرة وأعطتها له لا يحنث، وتركها في أيدي الساكنين ليس إجارة، وكذا لو تقاضى منهم أجرة شهر قد سكنوه، أما لو تقاضى منهم أجرة شهر لم يسكنوا فيه أو قال اقعدوا في هذه المنازل كان ذلك إجارة فيحنث كذا في «الذخيرة» وأنت خبير بأن تقاضي أجرة/ شهر لم يسكنوا فيه ليس إلا إجارة [٢٩١/ ب] بالتعاطي فينبغي أن يجري فيه الخلاف السابق **(والصلح عن مال)** مقيد بكونه عن إقرار لما سيأتي في بابه من أنه عن إنكار فداء فيكون من الثاني كالصلح عن عمد.

وفي «المحيط» عن «المنتقى»: حلف لا يصالح رجلاً في حق يدعيه فوكل رجلاً فصالحه لم يحنث، وكذا لو حلف لا يخاصمه، ولو قال: والله لا أصالح فلاناً فأمر غيره فصالحه حنث لأن الصلح لا عهدة فيه، وحمل الثاني في «البحر» على الصلح اللغوي أي: الرافع للعداوة ولا حاجة إليه بل الأول عن إقرار، والثاني عن إنكار **(والقسمة والخصومة وضرب الولد)** عد في «المحيط» الخصومة من الثاني أولاً، وثانياً من الأول قال البزازي: والفتوى أنها ملحقة بالأول إنما لم يحنث بالأمر في هذا لأن العقد وجد من العاقد حقيقة وحكماً حتى رجعت الحقوق إليه، ولذا لو كان هو الحالف حنث وإنما الثابت للأمر حكمه إلا أن ينوي غيره **(وما يحنث بهما)** أي: بالمباشرة والأمر أي التوكيل كما في «الشرح» وليس مقصوراً عليه بل الرسالة كذلك بدليل عدِّ الاستقراض من هذا النوع، والتوكيل به غير صحيح كذا في «البحر» ولك أن تقول: إنما خصه لتعلم الرسالة منه بالأولى بقي أن مجرد الأمر لا يحنث به لا بد من فعل الوكيل ذلك الشيء المحلوف عليه ففي العبارة تسامح.

فلو قال: وما يحنث به بفعل مأموره لكان أولى، وأنت خبير بأن المؤثر في حنثه إنما هو أمره والفعل شرط فيه **(كالنكاح)** فلو حلف لا يتزوج فعقده بنفسه أو

والطلاق، والخلع، والعتق، والكتابة، والصلح عن دم عمد، والهبة، والصدقة..........

وكل، فعقد الوكيل حنث، وكذا لو كان الحالف امرأة فلو حلفت وأجبرت ممن له ولاية الإجبار ينبغي أن لا تحنث كما لو جن فزوجه أبوه كارهاً ولو صار معتوهاً فزوجه أبوه لا يحنث، كذا في «عقد الفرائد» وتزويج الأمة بولاية الإجبار يتصور في الأمة وقد سئلت بالدرس بالجامع الأزهر عما إذا كان له وكيل مطلق مفوض قبل اليمين فزوجه وأجبت بأنه يحنث أيضاً، لأن المقصود إيجاد الفعل من الوكيل بعد اليمين وقد وجد ثم رأيت في «عقد الفرائد» عن «التاتارخانية» وكذا لو كان الوكيل قبل اليمين ولو زوجه فضولي فإن عقد قبل اليمين لا يحنث بالإجازة مطلقاً وبعده يحنث بالإجازة القولية هو المختار ولا يحنث بالفعلية رواه ابن سماعة عن محمد وعليه أكثر المشايخ وقيل: يحنث وبالأول يفتى، ولو قال: لا أزوج فلانة فأمر رجلاً فزوجها لا يحنث بخلاف لا أتزوج، والفرق في الأول لم يلحقه حكم ولحقه في الثاني وهو الحل كذا في «البزازية» وغيرها.

(**والطلاق**) والعتاق هذا الإطلاق أيضاً مقيد بأن يقعا بكلام واحد بعد اليمين حتى لو علق الطلاق أو الحرية بدخول الدار ثم حلف أنه لا يطلق ولا يعتق فدخل ووقع الطلاق (**والعتق**) لم يحنث، ولو كان ذلك بعد اليمين حنث وعلى هذا لو وقع الطلاق بمضي مدة الإيلاء أو أعتق المكاتب بالأداء، ولو فرق بينهما بالعنة لم يحنث عند زفر، وعن الثاني روايتان وكذا لو قال لها: أنت طالق إن شئت أو اختاري فاختارت ولو طلق امرأته ثم قال: إن تزوجت امرأة باسمك فهي طالق ثم تزوجها لم تطلق، ولو قال: بهذا الاسم طلقت، والفرق أنه في الأول صارت المرأة معرفة بكاف الخطاب فلم تدخل تحت النكرة بخلافه في الثاني (**والخلع**) هو الطلاق (و) قد مر في (**الكتابة**) عدها في هذا النوع هو الصحيح وجعلها في «النظم» كالبيع كما في «المجتبى».

ولو أجاز كتابة الفضولي حنث كذا أطلقه غير واحد وقياس ما مر أن يقيد بما إذا كانت بالقول (**والصلح عن دم العمد**)، فلو حلف أن لا يصالح عن دم العمد فوكل حنث، لأن المنافع تعود إليه بخلاف الصلح عن إقرار، ولو قال: والإنكار لكان أولى (**والهبة**)، فلو حلف لا يهب مطلقاً أو معيناً أو شخصاً بعينه فوكل من وهب حنث صحيحة كانت الهبة أو لا قبل الموهوب له أو لا قبض أو لم يقبض لأنه لم يلزم نفسه إلا بما يملكه ولا يملك أكثر من ذلك وفي «المحيط» حلف لا يهب عبده هذا لفلان ثم وهبه له على عوض حنث لأنه هبة صيغة ولفظاً انتهى.

(**والصدقة**) هي كالهبة فيما مر قال ابن وهبان: وكذا ينبغي أن يحنث في حلفه

والقرض، والاستقراض، وضرب العبد، والذبح والبناء، والخياطة، والإيداع والاستيداع، والإعارة...

أن لا يقبل صدقة فوكل بقبضها له، قال: ولو تصدق على فقير بلفظ الهبة ينبغي أن يحنث، ولو وهب شيئاً بلفظ الصدقة ينبغي أن لا يحنث لأنه لم يثبت له الرجوع استحساناً إذ قد/ يقصد به الصدقة على الغني الثواب ويحتمل أن لا يحنث اعتباراً [٢٩٢/أ] باللفظ انتهى.

وجزم في «التاتارخانية» عن «الظهيرية» بعدم الحنث بالصدقة في يمين الهبة **(والقرض)**، فلو حلف لا يقرض مطلقاً أو معيناً حنث بفعل وكيله قبل المستقرض أو لم يقبل، وكذا العطية والعارية وقبول المقترض شرط عندهما في الحنث لأنه كالمعاوضة وفي «التاتارخانية» أنه لا يكون قرضاً بدون القبول في قول محمد وإحدى الروايتين عن الثاني، وفي أخرى ليس بشرط وقياس ما مر من أنه لم يلزم نفسه إلا بما يملكه ترجيحه **(والاستقراض)** وهو كالقرض فيحنث سواء أقرضه المستقرض منه أو لا، وينبغي أن يجري فيه الخلاف في القبول كالقرض ولم أره **(وضرب العبد)** لأن المقصود منه وهو الائتمار بأمره راجع إليه بخلاف ضرب الولد فإن المقصود منه هو التأدب راجع إلى الولد.

قال في «الفتح»: وأما في عرفنا وعرف عامتنا فإنه يقال: ضرب فلان اليوم ولده وإن لم يباشر ويقول العامي لولده: غداً أسقيك علقة ثم يذكر المؤدب الولد فيضربه فيعد الوالد نفسه قد حقق إيعاده ذلك ولم يكذب، ومقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بكل ضرب من جهتي ويحنث بفعل المأمور انتهى. ويوافقه ما في «الخانية» إن كان الولد صغيراً ينبغي أن يحنث بفعل وكيله لأنه يملك ضرب ولده، والصغير والزوجة قيل نظير العبد وقيل نظير الولد.

قال في «البحر»: وينبغي ترجيح الثاني لما مر في الولد، ورجح ابن وهبان الأول لأن النفع عائد إليه بطاعتها له، وقيل: إن جنت فنظير العبد وإلا فنظير الولد، قال بديع الدين: ولو فصل هذا في الولد لكان حسناً كذا في «القنية» **(والذبح والبناء والخياطة)** حتى لو حلف لا يذبح في ملكه شاة أو لا يبني داراً بعينها أو لا يخيط ثوبه فأمر غيره بذلك حنث. وفي «الخانية» في البناء والخياطة يحنث بالأمر سواء كان يحسن ذلك أو لا **(والإيداع والاستيداع)** حتى لو حلف لا يودع شيئاً سواء قيده بشخص أو أطلق يحنث بفعل وكيله، لأن المنفعة تعود إليه **(والإعارة)** حتى لو حلف لا يعير مطلقاً أو شيئاً بعينه فوكل بذلك حنث قبل المستعير أو لا، ولو عين شخصاً فأرسل المحلوف عنه شخصاً فاستعار حنث، لأنه سفير محض فيحتاج إلى الإضافة

والاستعارة، وقضاء الدين، وقبضه، والكسوة، والحمل.........

إلى الموكل فكان كالوكيل بالاستقراض كذا في «الخانية» وجعل في «جمع التفاريق» الحنث قول زفر خلافاً ليعقوب قال الشهيد: والفتوى على الحنث وهذا إذا أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة بأن قال: إن فلاناً يستعير منك كذا، فأما إذا لم يقل ذلك لم يحنث ذكره في «التاتارخانية» غير أنه عبر عن الرسول بالوكيل (**والاستعارة**)، وهي كالإعارة (**وقضاء الدين وقبضه**)، فلو حلف لا يقبض الدين فأمر غيره يحنث بقبض وكيله، فلو حلف لا يقبض من غريمه اليوم وقد كان وكل فقبض الوكيل بعد اليمين كذا في «المنتقى».

قال قاضي خان: وينبغي أن يحنث كما في النكاح (**والكسوة**)، فلو حلف لا يلبس أو لا يكسو مطلقاً أو كسوة بعينها أو معيناً حنث بفعل وكيله، لأن منفعة الاكتساء عائدة إليه وكسوة غيره هبة إن كانت لغني وصدقة إن كانت لفقير وفي «السراجية» لو لقيه بعد موته لا يحنث إلا إذا أراد الستر دون التمليك وفي «الخانية» حلف أن لا يكسو فلاناً فأرسل إليه بقلنسوة أو خفين أو نعلين حنث لا أن ينوي أن يعطيه، ولو حلف لا يجدد لأمته ثوباً فأمر غيره فاشترى بمال المولى حنث، (**والحمل**) فلو حلف لا يحمل شخصاً شيئاً يعني متاعاً فوكل شخصاً أن يحمل متاعاً كذلك حنث بفعل وكيله هذا في غير الإجارة، قال ابن وهبان: والظاهر أنه لا فرق بين هذا وبين الاستخدام.

تكميل: من هذا النوع الهدم والقطع والقتل والشركة كما في «منظومة ابن وهبان» وقدمنا أن منه ضرب الزوجات والولد الصغير في رأي قاضي خان ومنه تسليم الشفعة والإذن كما في «الخانية» والنفقة كما في الإسبيجابي والوقف والأضحية والحبس والتعزير بالنسبة إلى القاضي والسلطان وينبغي أن يقال في الحج كذلك في صورة أخرى، كذا في «شرح المنظومة» للشيخ عبد البر ومنه الوصية كما في «الفتح» وينبغي أن يكون منه الحوالة والكفالة كما لو حلف لا يحلل فلاناً فوكل من يحيله أو لا يقبل حوالته أو لا يكفل عنه فوكل بقبول ذلك والقضاء/ [٢٩٢/ب] والشهادة والإقرار في «البحر» أن منه التولية فلو حلف لا يولي شخصاً ففوض إلى من يفعل ذلك حنث، وهي حادثة الفتوى ويدل على ذلك ما قاله الشيخ عبد البر فقرات بخط والدي نظم المسائل التي لا يحنث فيها بفعل الوكيل لأنها الأقل مشيراً إلى أنه يحنث فيما عداها فقال:

بفعل وكيل ليس يحنث حالف ... ببيع شراء صلح مال خصومة
إجارة استئجار الضرب لابنه ... كذا قسمة والحنث في غيرها أثبت

ودخول اللام على البيع، والشراء والإجارة والصاغة والخياطة، والبناء كإنْ بعت لك ثوباً لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه بأن كان بأمره كان ملكه أو لا،..............

والله أعلم، وبهذا تمت المسائل أربعة وأربعين وقصارى ما أوصله الطرسوسي إلى أربعة وعشرين، وقال: إنه لم يقف على أكثر منها وزاد ابن وهبان خمسة والله الموفق. واعلم أن ما يحنث فيه بفعل الوكيل لو قال: نويت أن لا ألي ذلك بنفسي ففي الأفعال الحسية كالضرب والذبح يصدق قضاء وديانة لأنها لا توجد منها إلا بمباشرته لها حقيقة، فإذا لم يباشرها فقد نوى حقيقة كلامه، وفي غيرها كالطلاق والنكاح روايتان، أشهرهما أنه لا يصدق إلا ديانة لأنه كما يوجد بمباشرته يوجد بأمره وإذا نوى المباشرة فقط نوى تخصيص العام وهو خلاف الظاهر فلا يقبل منه كذا في «كافي المصنف».

(**ودخول اللام**) والواو للاستئناف وحذفها في «الوافي» دفعاً لتوهم عطفها وهو أولى (**على البيع**) أي: على فعل يحتمل النيابة وأراد بدخولها عليه قربها منه (**والشراء والإجارة والصياغة والبناء كإن بعت لك ثوباً**) التصريح بالمفعول به ليس بشرط لما في «المحيط» حلف لا يبيع لفلان فباع ماله أو مال غيره بأمره حنث كذا في «البحر» وأنت خبير بأن تمايز الأقسام أعني تارة دخل على الفعل أو على العين إنما يظهر بالتصريح بالمفعول فلا جرم صرح به (**لاختصاص الفعل**) خبر الدخول (**بالمحلوف عليه بأن كان بأمره كان ملكه أو لا**) لأنها تضيف متعلقها وهو الفعل بمدخولها وهو كاف الخطاب فتقيد أن المخاطب مختص بالفعل، وكونه مختصاً به يفيد أن لا يستفاد إطلاق فعله إلا من جهة بأن يكون بأمره، فإذا وجد كان بيعه إيّاه من أجله وهي لام التعليل فصار المحلوف عليه أن لا يبيعه من أجله، سواء كان مملوكاً أو لا، ويلزم من هذا أن لا يكون إلا في الأفعال التي تجري فيها النيابة.

وفي «الظهيرية» حلف لا يشتري لفلان ثوباً فأمره فلان أن يشتري لولده الصغير أو لعبده ثوباً فاشتراه لا يحنث، وبه علم أنه لا بد أن يكون المحلوف عليه قد أمره بأن يفعله لنفسه لا يطلق الأمر كما في «المختصر» وغيره كذا في «البحر».

وأقول: مقتضى التوجيه السابق حنثه حيث كان الشراء لأجله ألا ترى أن أمره ببيع مال غيره موجب حنثه غير مقيد بكونه له بقي ما لو باع الحالف ثوباً للمحلوف عليه بغير أمره لكنه أجازه البيع، فروى ابن سماعة عن محمد أنه يحنث، وعلله في «المحيط» بأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وفي «الخانية» قال: والله لا أبيع لفلان ثوباً، فباع الحالف ثوباً للمحلوف عليه ليجيز صاحب الثوب حنث الحالف

وعلى الدخول، والضرب والأكل والشرب، والعين كإن بعت ثوباً لك لاختصاصها به بأن كان ملكه أمره أو لا، فإن نوى غيره صدق فيما عليه إن بعته، أو ابتعته، فهو حر فعقد بالخيار...

أجازه المحلوف عليه أو لم يجزْ ولو باعه الحالف وهو لا يريد بذلك أن يكون البيع للمحلوف عليه وإنما يريد بيعه لنفسه لا يكون حانثاً انتهى.

قال في «البحر»: وهذا يفيد أنه يكفي من حلفه أن يقصد بيعه لأجله سواء كان بأمره أو لا، فلو حذف المصنف الأمر لكان أولى إلا أن يقال: إن هذا في اليمين بالله تعالى والباب معقود للطلاق والعتاق لكنه بعيد وما في «الكتاب» عزاه في «المحيط» إلى «الجامع» وما في «الخانية» عن ابن سماعة عن محمد فظاهره أنه ضعيف انتهى. وأنت قد علمت أن ما عن ابن سماعة خلاف ما في «المحيط» وما في «الخانية» جزم به في «البزازية» والذي ينبغي حمله على ما إذا نوى بالاختصاص الملك على ما سيأتي، (و) دخول اللام (**على الدخول**) كإن دخلت دار فيحنث بدخول دار يختص بها المخاطب أي: تنسب إليه، كذا في «الفتح» وتمثيل بعضهم بإن دخلت لك داراً يختص بها المخاطب أيضاً لا يناسب تقسيم المصنف، لأن دخولها في هذا المقال على العين وإن اتحدا حكماً فيما لا يحتمل حكم النيابة (**والضرب**) كإن ضربت لك غلاماً أي: ولداً وهذا هو الصواب في تفسير الغلام الواقع في كلامهم خلافاً لما في «الجامع الصغير» لقاضي خان من أن المراد به العبد لأنه يحتمل البناء والكلام فيما لا يحتملها، / كذا في «العناية». [١/٢٩٣]

(**والأكل والشرب و**) دخول اللام أيضاً على (**العين**)، أي: الذات (**كإن بعت ثوباً لك لاختصاصها**) أي: العين في القسمين (**به**) أي: بالمحلوف عليه (**بأن كان**) المحلوف عليه (**ملكه أمره**) به (**أو لا**)، لأن المحلوف عليه يوجد مع أمره وهو بيع ثوب مختص به لأن اللام هنا أقرب إلى الاسم من الفعل، والقرب من أسبابه الترجيح ومثله ما إذا وليت فعلاً لا يجزئ فيه النيابة كما مر، (**وإن نوى**) الحالف (**غيره**) أي: غير ما مر مما يقتضيه ظاهر كلامه (**صدق**) ديانة وقضاء (**فيما عليه**) أي: فيما فيه تشديد عليه بأن باع في الأولى ثوباً مملوكاً للمخاطب بغير أمره ونوى بالاختصاص الملك وعليه يحمل ما مر عن «الخانية» كما أشرنا إليه، أو باع في الثانية ثوباً لغير المخاطب بأمره ونوى به الأمر فيحنث في المسألتين لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه.

وأفهم كلامه أنه لو نوى به الأمر فيحنث لو نوى العكس فيهما لئلا يحنث صدق ديانة فقط (**إن بعته**) أي: هذا العبد (**أو ابتعته**) أي: اشتريته (**فهو حر فعقد**) البائع البيع أو المشتري الشراء (**بالخيار**) للبائع في الأول، وللمشتري في الثاني

حنث وكذا بالفاسد،

(**حنث**) لوجود الشرط وهو البيع والشراء مع قيام الملك عنده، إذ المبيع لا يخرج عن ملك البائع باشتراط الخيار له اتفاقاً، وخيار المشتري وإن منع من دخوله في ملك المشتري عند الإمام لكن العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بالخيار انفسخ الخيار ووقع العتق، فكذا إذا علق قيل: لا نسلم أن هذا المعلق كالمنجز لأن المنجز لو لم ينفسخ الخيار فيه يلغو والمعلق لا يلزم إلغاؤه لثبوت العتق بعد مضي الخيار، وأجيب بأنه لما أمكن أن يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في إثباته وجب اعتباره إذ ذاك، وظاهر أن البائع في حلفه لو شرط الخيار للمشتري لا يعتق، وكذا لو شرط المشتري الخيار للبائع في حلفه أيضاً قيد بالخيار لأنه لو باعه بيعاً باتاً لا يعتق لزوال ملكه به، والجزاء لا ينزل في غير الملك وينبغي أن تنحل اليمين لوجود الشرط وهو البيع حقيقة، كذا في «الشرح».

وفي «الذخيرة» إن اشتريته فهو حر فاشتراه لغيره هل تنحل اليمين؟ لم يذكر محمد المسألة وكان البلخي يقول: لقائل أن يقول: لا تنحل وهو الأشبه لأنه إنما يراد به عرفاً فالشراء لنفسه، وبهذا عرف الفرق بين هذا وبين قوله لامرأته: إن اشتريت غلاماً فأنت كذا حيث تنحل اليمين بوقوع الطلاق إذا لم يوجد ما يدل على إرادته الشراء لغيره والله الموفق.

فـــرع

قال لأمته: إن بعت منك شيئاً فأنت حرة، فباع نصفها من الزوج الذي ولدت منه أو من أبيها لا تعتق ولو من أجنبي عتقت، والفرق أن الولادة من الزوج والنسب من الأب يقدم فيقع ما تقدم نسبه وهذا المعنى لا يمكن اعتباره في حق الأجنبي، وكذا لو قال: إن اشتريت من هذه الجارية فهي مدبرة ثم اشتراها هو وزوجها الذي ولدت منه فهي أم ولد لزوجها ولا يقع عليها تدبير للمشتري لما مر كما في «الظهيرية».

(**وكذا**) يحنث (**بالفاسد**) في حلفه لا يبيع أو لا يشتري هو الصحيح كما في «الذخيرة» خلافاً لما عن الثاني، ثم هذا مقيد في الأول بأن يكون في يد البائع أو في يد المشتري بأمانة أو برهن لأنه لم يزل ملكه عنه، فإن كان في يد المشتري مضموناً بنفسه لا يعتق لزوال ملكه عنه بالعقد وينبغي أن تنحل اليمين، وفي الثاني بأن يكون في يد المشتري حاضراً وقت العقد أو غائباً وهو مضمون بنفسه كالمغصوب فإن كان في يد البائع أو في يد المشتري أمانة أو مضموناً بغيره كالرهن لا يعتق لأنه لا يصير قابضاً عقب العقد، كذا في «البدائع».

وفي «المحيط»: عن الثاني إن اشتريت عبداً فهو حر فاشتراه فاسداً ثم تاركا

والموقوف، لا بالباطل. إن لم أبع فكذا فأعتق، أو دبر حنث ....

البيع ثم اشتراه صحيحاً لا يعتق، لأنه حنث بالفاسد وانحلت اليمين به لأنه شراء حقيقة قال الشارح: وفيه دليل على أنه لو اشتراه فاسداً والعبد في يد البائع انحلت اليمين لا إلى جزاء لعدم الملك قبل القبض ثم بالقبض لا يعتق قيد بالبيع لأنه بالنكاح لا يحنث بالفاسد، سواء عينها أم لا هو الصحيح كما في «الخانية» وكذا في حلفه لا يصوم ولا يصلي لأن المقصود من النكاح الحل ومن الصلاة والصوم الثواب.

ولو قال: إن كنت تزوجت أو صمت أو صليت كان على الصحيح والفاسد لأن الماضي / إنما يقصد به الإخبار عن المسمى لا الحل والتقرب والاسم يطلق عليهما كذا في «البدائع» **(والموقوف)** أي: ويحنث أيضاً بالموقوف في حلفه لا يبيع بأن يبيعه لغائب قبل عنه فضولي أو لا يشتري بأن اشتراه ببيع فضولي له فإنه يحنث عند إجازة البائع وأما إذا حلف لا يشتري أو لا يبيع، واشترى موقوفاً فإنه يحنث قبل الإجازة، كذا في «البحر». [٢٩٣/ب]

والذي في «الشرح» أنه يحنث بالشراء، وإن لم يجزه المالك **(لا)** يحنث **(بالباطل)** من البيع والشراء في حلفه لا يبيع ولا يشتري بأن باع أو اشترى ميتة أو دماً لانعدام المقصود من هذا العقد وهو الملك، ولو اتصل به القبض ولو اشترى بهذه الأشياء لم يذكره محمد وقد قيل: يحنث وقيل: لا يحنث كذا في «الذخيرة».

ولو اشترى مدبرة أو أم ولد لا يحنث إلا إذا قضى بجواز البيع والمكاتب كالمدبر في رواية وبها جزم في «المحيط» غير أن القضاء فيه لا يتأتى فأريد الحنث على رضاه بذلك **(إن لم أبعْ)** عبدي هذا أو أمتي هذه **(فكذا)**، أي: فامرأته طالق **(فأعتق)** المولى **(أو دبر)** مملوكه تدبيراً مطلقاً واستولد الأمة كذا في «الذخيرة» **(حنث)** لأن الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق بوقوع اليأس عنه بما ذكر قبل وقوع اليأس في الأمة والتدبير ممنوع لجواز أن ترتد فُتسبى فيملكها الحالف وأن يحكم القاضي ببيع المدبر، وأجيب بأن من المشايخ من قال: لا تطلق لهذا الاحتمال، والأصح ما في «الكتاب» لأن ما فرض أمر متوهم فلا يعتبر.

قال في «البحر»: وينبغي أنه إذا قال: إن لم أبعك فأنت حر فدبره تدبيراً مطلقاً أنه يعتق.

فرعان: إن لم تضعي هذا في هذا الصحن فأنت كذا فكسرته وقع الطلاق، كذا في «القسامية» وعزى الثاني إلى «الذخيرة» وإنما حنث لبطلان اليمين باستحالة البر كما إذا كان في الكوز ماء فصب على ما مر وكان ذلك في الحمام يمين الفور وإلا

قالت: تزوجت عليّ فقال: كل امرأة لي طالق طلقت المحلفة عليَّ المشي إلى بيت اللّه، أو إلى الكعبة حج، أو اعتمر ماشياً، فإن ركب أراق دماً بخلاف الخروج، أو الذهاب إلى بيت اللّه، أو المشي إلى الحرم،..

فعود الحمام بعد الطيران ممكن عقلاً وعادة فتدبر. (**قالت: تزوجت عليَّ فقال**) الزوج: (**كل امرأة لي طالق طلقت المحلفة**) بكسر اللام في ظاهر الرواية لأن اللفظ عام ولا مخصص متيقن، ولم يحك خلافاً في «الجامع الصغير» والمذكور في شروحه عن الثاني أنها لا تطلق.

قال السرخسي: وهو الأصح عندي وفي نكاح «الجامع» لقاضي خان وبه أخذ مشايخنا لأن الكلام خرج جواباً فينطبق على السؤال فكأنه قال: كل امرأة لي غيرك دلالة في «الذخيرة» الأولى أن يحكم الحال إن جرى بينهما خصومة يدل على غضبه يقع الطلاق عليها وإلا لا، ثم فرق بين هذا وبين قوله ألك امرأة غير هذه المرأة فقال: كل امرأة لي طالق لا تطلق هذه المرأة بأن قوله غير هذه المرأة لا يحتمل هذه المرأة، فلم تدخل واسم المرأة يشملها فدخلت.

قال: (**علي المشي إلى بيت الله، أو إلى الكعبة، حج أو اعتمر**) سواء كان بمكة أو لا، لأنه تعورف بذلك إيجاب أحد النسكين فصار مجازاً لغوياً حقيقة عرفية كقوله علي حجة أو عمرة (**ماشياً**) حال من فاعل حج، وأورد أنه إذا كان كقوله: علي حجة أو عمرة ينبغي أن لا يلزمه المشي لأنه لو قال: علي الحج لا يلزمه المشي وأجيب بأن التقدير على حجة أو عمرة ماشياً، لأن المشي لم يهدر اعتباره شرعاً ثم إن لم يكن بمكة لزمه المشي من بيته على الراجح لا من حيث يحرم من الميقات، والخلاف فيما إذا لم يحرم منه فإن أحرم منه لزمه المشي منه اتفاقاً وإن كان بها وأراد أن يجعل الذي لزمه حجاً فإنه يحرم من الحرم ويخرج من عرفات ماشياً إلى أن يطوف طواف الزيارة كغيره، وإن أراد إسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج إلى الحل ويحرم منه، وهل يلزمه المشي في ذهابه خلاف؟ والوجه يقتضي أنه يلزمه إذ الحاج يلزمه المشي من بلدته مع أنه ليس محرماً بل ذاهب إلى محل الإحرام ليحرم منه فكذا هذا، (**فإن ركب**)، أي: اختار الركوب (**أراق دماً**) لأنه أدخل فيه نقصاً، ولو أراد ببيت الله بعض المساجد لم يلزمه شيء (**بخلاف**) ما لو قال علي (**الخروج: أو الذهاب**) أو السفر أو الشد والهرولة أو السعي (**إلى بيت الله تعالى أو**) قال: علي (**المشي إلى الحرم**) أو إلى المسجد الحرام حيث لا يلزمه شيء عند الإمام وقالا: يلزمه في هذين أحد النسكين.

أو الصفا، والمروة عبده حر إن لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق. وحنث في لا يصوم بصوم ساعة بنية،.........

[٢٩٤/أ] قال في «الفتح»: والوجه أن يحمل على أنه تعورف/ بعد الإمام إيجاب النسك بهما فقالا به فيرتفع الخلاف وإلا فالوجه المذكور لهما ليس بقوي، وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة، ولو صرح بقوله المشي إلى الكعبة لزمه، فكذا ذكر المشتمل لأنه إيجاب اللفظ للتعارف عينه فيه وليس عين المشي إلى الحرم عينه وهو وجه الإمام ولا خلاف أنه لو قال: علي المشي إلى أستار الكعبة أو بابها أو ميزابها أو أسطر نهلة البيت أو إلى عرفات أو مزدلفة (أو) إلى (**الصفا والمروة**) لا يلزمه شيء (**عبده حر إن لم يحج العام**) ثم قال: حججت (**فشهدا بنحره**) أي: القاضي أي: بأنه ضحى في هذا العام (**بالكوفة لم يعتق**) لعدم قبول هذه الشهادة عندهما.

وقال محمد: تقبل لأنها قامت على أمر معلوم هو التضحية، وكيف لا تقبل؟ ومن ضرورته انتفاء الحج ذلك العام وبه يتحقق الشرط ولهما أنها قامت على نفي الحج لأنه المقصود منها، وهذا لأن الشهادة على التضحية غير مقبولة إذ العبد لاحق له يبطله وما لا مطالباً له يدخل تحت القضاء والشهادة على النفي باطلة ونوقض هذا بما في «السير» شهدا أنه قال: المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت بذلك كلامي أجاب الإمام قاضي خان بأنها قامت على أمر وجودي وهو سكوت الزوج لا لأن النفي يقبل إذا أحاط به علم الشهاد كما ادعاه بعض المشايخ لأنه لا فرق بين نفي ونفي كما اختاره في «الهداية» والظاهر أن محمداً لم يعلل المسألة بأنها قامت على نفي شيء أحاط به علم الشاهد وإلا فكيف يستقيم جواب قاضي خان؟

قال في «الحواشي السعدية»: وفي كون السكوت أمر وجودياً بحث ففي شرح «العقائد» السكوت ترك التكلم انتهى، لكن يجوز أن يراد بالترك الكف وما في «المبسوط» من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط كما لو قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر، فشهدا أنه لم يدخلها قضي بعتقه، وما نحن فيه كذلك أجيب عنه بأنها قامت على أمر معاين هو كون خارج البيت فيثبت النفي ضمناً وفيه نظر، إذ العبد كما لاحق له في التضحية لا حق له في الخروج فإذا كان مناط القبول كون المشهود به أمراً وجودياً للمدعى به من النفي المجعول شرطاً، وإن كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به، كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي، وبهذا ينهض الوجه لمحمد. ولذا قال في «الفتح»: إنه الأوجه (**وحنث في**) حلفه (**لا يصوم بصوم ساعة بنية**)، ولو أفطر بعد ذلك لوجود تمام حقيقة الشرط أعني الصوم

وفي صوماً أو يوماً بيوم، وفي لا يصلي بركعة،

الشرعي وما زاد أدنى إمساك في وقته تكرار الشرط وذكر التمرتاشي أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لأنه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد إلا إذا كانت اليمين على الماضي، وهو مخالف لما في «الكتاب» إلا أن ما في «الكتاب» أصح لأنه نص محمد في «الجامع الصغير» وأورد أن الصوم الشرعي هو اليوم وحمل اللفظ على الشرعي أولى من حمله على اللغوي.

وأجاب صدر الشريعة بأنه قد أطلق على ما دون اليوم في ﴿أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة:١٨٧] **(وفي)** حلفه لا يصوم **(صوماً أو)** لا يصوم **(يوماً)** يحنث **(بيوم)** لأنه مطلق فينصرف إلى الكامل، وأورد وما لو قال: والله لأصوم من هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال أو قال لامرأته: إن لم تصلِ اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها وبعد ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال، وأجيب بأن اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والأكل متصور كما في الناسي وكذا الصلاة من الحائض لأن درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة إلا أنها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط أدائها بخلاف مسألة الكوز، لأن محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلاً فلا يتصور بوجه وغير خاف أن الإيراد في غير نحده إذ كلامنا في المطلق وهو لفظ يوم لأنه نكرة وهذا اليوم من المقيد فأنى يرد ثم المسألتان الموردتان مشكلتان على قولهما إذ التصور شرعاً منتفٍ وكونه ممكناً في صورة أخرى لا يفيد فإنه حيث كان في صورة الحلف مستحيلاً شرعاً لم يتصور الفعل المحلوف عليه ولا إشكال على قول الثاني هذا حاصل ما في «الفتح» وأنت خبير بأن تصوره فيما إذا/ حلف بعد الزوال في الناسي الذي لم يأكل ممنوع. [٢٩٤/ ب]

وأما مسألة الحيض قال في «البحر»: وقدمنا عن «المبتغى» أن الأصح عدم الحنث فيما إذا قال لامرأته: إن لم تصلِ الفجر غداً فأنت كذا فحاضت بكرة وحينئذ فلا يحنث في مسألة الصوم أيضاً على الأصح انتهى. يعني لعدم انعقاد اليمين بعدم تصور البر لكن في «الغاية» أن اليوم في الصوم صحيحه اتفاقاً **(وفي)** حلفه **(لا يصلي)** يحنث **(بركعة)** استحساناً لأن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فما لم يأت بها لا تسمى صلاة، يعني إذا لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء، كذا في «الفتح» وهو ظاهر في توقف حنثه على القراءة فيها وإن كانت ركناً زائداً وهذا أحد القولين وقيل: يحنث به وبهذا حكاهما في «الظهيرية» ولم يذكر محمد متى يحنث واختلف المشايخ فيه قال بعضهم: بنفس السجدة وقال بعضهم: برفع الرأس منها كذا في «الشرح» وينبغي أن يخرج الأول على قول أبي يوسف، والثاني على

وفي صلاة بشفع.................................

قول محمد كما مر في السهو. ثم رأيته مذكوراً في «الفتح» قال: والأوجه أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض، وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث بها، وأجيب بأنها موجودة بعد رفع رأسه من السجدة وهذا إنما يتم بناء على توقف الحنث على الرفع منها، وقد علمت أن الأوجه خلافه على أنه لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق أن القعدة ركن زائد، وإنما وجبت للختم فلا تعتبر ركناً في حق الحنث كذا في «الفتح» وقدمنا على أنها شرط لا ركن.

وذكر التمرتاشي: أنه لو حلف لا يصلي وقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد كما مر عنه في الصوم إلا إذا كانت اليمين في المضي وهذا يخالف ما في «الكتاب» وحمله في «الفتح» على التي لم يوصف منها شيء بعرض الصحة في وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح كما إذا صلى بلا طهارة ويكون ما في «الذخيرة» بياناً له حيث قال: ولو حلف لا يصلي فصلى صلاة فاسدة بأن صلى بغير طهارة مثلاً لا يحنث استحساناً إلا أن ينويها، وعليه يحمل أيضاً ما مر عنه في الصوم.

واعلم أنه ذكر في «الذخيرة» أنه لو قال لعبده: إن صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالأولى، لأنه في الأولى ما صلى ركعة لأنها بتيراء بخلاف الثانية، وذكر هذه المسألة في «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف قال بعض المتأخرين: وبهذا تبين أن المذكور في «الجامع» قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فإن موضوع المسألتين مختلف للفرق البين بين لا يصلي ركعة ولا يصلي وذلك أن صلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا تتحقق إلا بضم أخرى إليها بخلاف لا يصلي، (**وفي**) حلفه لا يصلي (**صلاة**) يحنث (**بشفع**) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل وهو الركعتان لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البتيراء[1] تصغير البتراء تأنيث الأبتر وهو مقطوع الذنب في الأصل ثم صار يقال للناقص قيل: ينبغي أن لا يحنث بمجرد الإتيان بالركعتين ما لم يأتِ بالقعدة، لأن الصلاة لا تكون معتبرة بدونها شرعاً وليس بشيء لأن الركعتين عبارة عن صلاة تامة، وتمامها شرعاً لا يكون إلا بالقعدة، كذا في «العناية».

وفي «فتح القدير» الأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل كلا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة، وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح وركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد انتهى. وتوجيه المسألة يشهد لما في «العناية» والله الموفق.

---

(١) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (١٣/ ٢٥٤).

إن لبست من غزلك فهو هدي فملك قطناً فغزلته ونسج فلبس فهو هدي. ليس خاتم ذهب، أو عقد لؤلؤ لبس حلي،...............................

تتمة: حلف أن لا يؤمَّ أحداً فاقتدوا به فقال: لم أنو الإمامة صدق ديانة لا قضاء إلا إذا أشهد أنه يصلي لنفسه، ولو نوى أن يصلي لنفسه الجمَعة وأمَّ فيها جازت استحسانا.

قال في «الفتح»: وينبغي أنه إذا أمّ في الجنازة أو التلاوة لا يحنث لأن يمينه إنما انصرفت إلى الصلاة المطلقة، ولو أمّهم في النافلة حنث وإن نهي عنها فيها، ولو قال: والله ما أخرت صلاة عن وقتها وقد كان نام عن صلاة حتى خرج وقتها وصلاها فقد قيل: لا يحنث وقد قيل: يحنث، قال رجل لامرأته: إن تركت الصلاة فأنت طالق فأخرت الصلاة عن وقتها ثم قضتها اختلف المشايخ قال بعضهم: لا يقع بالصلاة وبه كان يفتي ركن الإسلام وعبد الرحيم الكرابيسي، وقيل: يقع وبه كان يفتي ركن الإسلام علي السغدي وهو الأشبه والأظهر كذا في «الظهيرية» أيضاً وفي «المحيط» إن صليت فأنت/ حر فادعى أنه صلى وأنكر المولى لا يعتق، لأن هذا من الأمور [٢٩٥/أ] الظاهرة التي يمكن الوقوف عليها بلا حرج، ولو حلف لا يحج أو لا يحج حجة لا يحنث إلا بالصحيح بأن يقف بعرفة، رواه ابن سماعة عن محمد وزاد بشر عن الثاني ويطوف أكثر طواف الزيارة، وفي العمرة لا بد أن يطوف أكثر طوافها والله أعلم.

(**إن لبست**) ثوباً (**من غزلك**) أي: مغزولك (**فهو هدي**)، أي: صدقة أو تصدق به على فقراء مكة (**فملك**) الزوج (**قطناً**) بعد الحلف (**فغزلته ونسج فليس هو هدي**) عند الإمام وله التصدق بقيمته ولو نذر إهداء شاة، ففي جواز إهداء قيمتها روايتان ولو نذر إهداء دار كان نذراً بقيمتها كذا في «الفتح» وقالا: لا يكون هذا حتى تغزله من قطن مملوك له يوم حلفه، لأن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سببه، كإن اشتريت كذا وهو هدي ولم يوجد، وله أن غَزْلَ المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد بالألفاظ فالتعليق بقولها بسبب ملكها للثوب كأنه قال: إن لبست ثوباً أملكه بسبب غزل أملك قطنه فهو هدي، وحينئذ فلا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك وفي حال الحلف.

قال في «الفتح»: والواجب في ديارنا أن يفتى بقولهما لأن المرأة لا تغزل إلا من كتان نفسها أو قطنها أقول: في الديار الرومية يجب الإفتاء بقول الإمام، لأن المرأة تغزل من كتان أو قطن هو ملك لزوجها (**لبس خاتم ذهب أو**) لبس (**عِقد لؤلؤ**) بكسر العين (**لبس حُلّي**) بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى بفتح الحاء وسكون اللام فيحنث بهما في يمينه لا يلبس حلياً، وهذا في الخاتم اتفاقاً ولو بلا فص، سواء كان الحالف رجلاً أو امرأة، وفي العقد قولهما وقال الإمام: لا يحنث وعلى هذا عقد

لا خاتم فضة لا يجلس على الأرض فجلس على بساط ، أو حصير ، أو لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه ، أو لا يجلس على سرير ، فجعل فوقه سريراً آخر لا يحنث ، ولو جعل على الفراش قرام ، أو على السرير بساط ، أو حصير حنث .

الزبرجد والزمرد والياقوت والخلاف مبني على أنه حلي أو لا، ولا خلاف أن المرصع منها بذهب أو فضة حلي .

قال بعضهم: وقياس قوله أنه لا بأس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ، وجزم الحدادي في الحظر والإباحة بحرمة اللؤلؤ للرجال لأنه من حلي النساء لكنه بقولهما أليق وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان وبقولهما قالت الثلاثة وبه يفتي للعرف (**لا خاتم فضة**) ، أي: لا يكون لبس حلي فلا يحنث به في حلفه لا يلبس حلياً، وإطلاقه يعم ما لو صيغته على هيئة خاتم النساء بأن كان له فص وهو قول طائفة، قال في « الفتح » : وليس ببعيد، لأن العرف في خاتم الفضة يبقى كونه حلياً وإن كان فضة، وجزم آخرون بحنثه في هذه الحالة .

قال في « عقد الفرائد » : وهو الصحيح لأن لبس النساء إنما يراد به الزينة دون الختم، ولم أرَ في كلامهم ما لو كان خاتم فضة مموهاً بالذهب وينبغي حنثه به ولو حلف (**لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير**) أراد بذلك كل حائل منفصل عنه ولو من خشب أو جلد (أو) حلف (**لا ينام على فراش، فجعل فوقه فراشاً آخر ، فنام عليه أو**) حلف (**لا يجلس على سرير، فجعل فوقه سريراً آخر لا يحنث**) في الصور الثلاثة، لأنه في الأولى، لا يعد جالساً على الأرض عرفاً فانقطعت النسبة بخلاف ما لو جلس على ثوبه وهو عليه حيث يحنث لأنه تبع له إلا إذا نزعه وجلس عليه، ولم أرَ ما لو جلس على حشيش، وينبغي أنه لو كان كثيراً لا يحنث، وفي الثانية والثالثة لا يعد نائماً ولا جالساً قيل: وعن أبي يوسف يعد نائماً فيحنث إلا أن يكون المذكور في « المحيط » عن أبي يوسف في « النوادر » أنه لا يحنث لأنهما مقصودان بالنوم عليهما لزيادة التعيين ونكر السرير هنا .

وفي « الهداية » قال الشارح: وليس على ظاهره لأنه في المنكر يحنث بالأعلى لتناول اللفظ، وعدم الحنث إنما هو في المعين لهذا السرير لأنه غيره ويمكن أن يقال المدعى أنه لا يحنث لأنه لم ينمْ على الأسفل، وهذا لا فرق فيه بين المنكر والمعين لانقطاع النسبة إليه بالثاني، وأما حنثه في المنكر بالأعلى فيحنث آخر (**ولو جعل على الفراش قِرام**) بكسر القاف، وهو ستر رقيق كما في « الجمهرة » كالملاءة في عرفنا وقيده في « الصحاح » بأن يكون فيه رقم ونقش، وكذا المقرم والمقرمة (أو) جعل (**على السرير بساطاً أو حصيراً حنث**) لأنه يعد نائماً وجالساً عليهما عرفاً بخلاف ما مر .

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك

إن ضربتك، وكسوتك، وكلمتك ودخلت عليك فعبدي حر تقيد بالحياة.........

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك

مما يناسب أن يترجم بمسائل شتى من الغسل والكسوة/ [٢٩٥/ ب] (**إن ضربتك وكسوتك وكلمتك ودخلت عليك**) تقييد كل منهما بالحياة حتى لو علق بها طلاقاً أو عتقاً، كإن ضربتك أو كلمتك أو دخلت عليك (**فعبدي حر**) لم يحنث بفعلها في ميت، أما الضرب فلأنه اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن واستعمال آلة التأديب ومحل يقبله والإيلام والأدب لا يتحقق في الميت، وأورد بأن أخذ الإيلام في مفهوم الضرب ممنوع بقصة أيوب عليه الصلاة والسلام مع زوجته إذ حلف ليضربنها مائة سوط فعلمه سبحانه حيلة في عدم حنثه مع عدم إيلامها بقوله تعالى: ﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث﴾ [ص: ٤٤] والضغث حزمة من ريحان، وقيل: قبضة من أغصان الشجرة لا إيلام فيه للمرأة وكون الإيلام لا يتحقق في الميت فممنوع أيضاً بعذاب القبر، وأجيب عن الأول بأنه خصوصية ورفع بأن مشايخنا استدلوا به على جواز الحيلة وإلى الجواب الثاني عن ذلك أشار في «الكشاف» حيث قال: رخصة باقية خصوصية رحمة لزوجة أيوب عليه الصلاة والسلام، ولا ينافي ذلك بقاء شريعة الحيلة في الجملة، وذكر في «الحواشي السعدية» لك أن تقرر السؤال أن الضرب المستعمل في الآية فيما لا إيلام فيه فعلم أنه ليس اسماً لما ذكر ثم فحينئذ لا يكون للجواب مساس بالسؤال، بل الجواب أنه ليس مبنى الإيمان على ألفاظ القرآن بل على العرف انتهى.

ولكون الإيلام شرطاً قلنا: لو حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة وضربه مرة لا يحنث بشرط أن يصيب بدنه كل سوط منها، وذلك بأن تكون أطرافها قائمة أو بأعراضها مبسوطة والإيلام شرط فيه وهو قول عامة المشايخ وعليه الفتوى، وعن الثاني بأن المعذب في قبره توضع فيه الحياة عند العامة بقدر ما يحس بالألم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة، بل بجعل الحياة في تلك الأجزاء المتفرقة التي لا يدركها البصر، وأما الكسوة فلأن التمليك معتبر في مفهومها والميت ليس أهلاً للتمليك ليصح التمليك إلا أن ينوي بها الستر.

وعلى هذا قال أبو الليث: لو كان يمينه بالفارسية ينبغي أن يحنث لأن هذا اللفظ يراد به اللبس دون التمليك، واعلم أن كون الميت لا يملك منقوض بما قالوه

بخلاف الغسل، والحمل والمس لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث إن لم أقتل فلاناً فكذا وهو ميت إن علم به حنث وإلا لا.........

لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه، وأما الكلام فلأن المقصود منه الإفهام والموت ينافيه وأما قوله ﷺ كما في «الصحيح» لأهل قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟ فقال عمر: يا رسول الله ما تكلم من أجساد لا أرواح لها، فقال عليه الصلاة والسلام: «والذي نفسي بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم»[1] فأحسن ما أجيب به أنه كان معجزة له ﷺ، وأمّا الدخول فلأن المقصود منه إكرامه بتعظيمه أو إهانته بتحقيره وازدرائه وكل ذلك لا يتحقق بعد الموت، وكذا الشتم والتقبيل (**بخلاف الغسل**)، كما إذا حلف لا يغسل فلاناً (**والحمل والمس**) بأن حلف لا يحمله ولا يمسه حيث يحنث إذا فعل ذلك بعد الموت (**لا يضرب امرأته فمد شعرها أو عضها حنث**) لأن الضرب اسم لفعل مؤلم وقد تحقق، وإطلاقه يعم حالة الغضب والرضى.

لكن في «الخلاصة» لو عضها أو أصاب رأس أنفها فأدماها ففي «الجامع الصغير» إن كانت في حالة الغضب يحنث، وإن كان في حالة الملاعبة لا يحنث وهو الصحيح ولو نتف شعرها فهو على هذا التفصيل هو الصحيح انتهى. وعن هذا قال فخر الإسلام: لو أدماها في الملاعبة خطأ لا يحنث، قيد بما ذكر لأنه لو أدماها بحجر أو نشابة فأصابها لم يحنث، واستشكل بأن اليمين وإن تعلقت بصورة الضرب عرفاً وجب أن لا يحنث بالحتف ونحوه أو معنى وجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الإيلام ممازجة، وأجيب بأن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظاً وعرفاً، معناه مثاله لا يبيع بعشرة فباع بتسعة أو بإحدى عشر لا يحنث، لأنه إن وجد شرط الحنث عرفاً في الأقل لكن لم يوجد لفظاً، وفي الأكثر لو وجد لفظاً لكنه لم يوجد عرفاً.

[٢٩٦/أ] قال في «الفتح»: وهو غير دافع بقليل تأمل (**إن لم أقتل فلاناً فكذا**) أي: فامرأته / طالق (**وهو ميت إن**) كان الحالف (**علم به**) أي: بالموت وقت حلفه (**حنث**) للحال لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وذلك متصور فتنعقد اتفاقاً ثم يحنث للعجز العادي (**وإلا**) أي: وإن لم يعلم بموته (**لا**) أي: لا يحنث لأنه عقد يمينه على إزالة الحياة القائمة فيه ولا يتصور إزالة القائمة ولا حياة قائمة فتصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف، وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الأصح.

ولو حلف لا يقتل فلاناً يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٨٧٣)، والبخاري في صحيحه (٣٧٥٧).

وما دون الشهر قريب، وهو وما فوقه بعيد. ليقضين دينه اليوم، فقضاه، زيوفاً أو نبهرجةً، أو مستحقة بر، ولو رصاصاً أو ستوقة........

حنث، وكذا لو حلف لا يقتله بالكوفة فضربه بالسواد ومات بالكوفة إذ المعتبر زمان الموت ومكانه بشرط أن يوجد ذلك بعد اليمين كذا في «الظهيرية» (**ما دون الشهر قريب**) وسريع عرفاً كذلك حتى لو حلف ليقضين قريباً أو عاجلاً أو سريعاً كان على ما دون الشهر، فلو غاب المحلوف عليه ودفع الحالف إلى القاضي بر هو المختار وفي «منية المفتي».

وكذا لو نصب القاضي وكيلاً عنه فقبض لا يحنث وبه يفتى، وفيها لو قال له: إن لم أوافك به اليوم في موضع كذا فجاء به فلم يجده فالمختار أنه يرفع الأمر إلى القاضي حتى لا يحنث، وإن كان في موقع لا قاضي فيه يحنث وبه يفتى، ولو كان حاضراً لكنه لم يقبل إن وضعه حيث تناله يده لو أراد لا يحنث، (**وهو**) أي: الشهر (**وما فوقه بعيد**) وأجل حتى لو قال إلى بعيد وأجل كان على أكثر منه من حين حلف سنة أكثر بلا غاية محدودة إلى الموت، فإن مات لأقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكر وكذا في «الفتح». هذا إذا لم ينوِ شيئاً فإن نوى بالقريب والبعيد مدة معينة فهو على ما نواه حتى لو نوى بالقريب سنة أو أكثر صحت، وكذا إلى آخر الدنيا لأنها قريبة بالنسبة إلى الآخرة، وينبغي أن لا يصدق قضاء فيما فيه تخفيف عليه، وفي «الظهيرية» لا يكلمه ملياً أو طويلاً فإن جمع مشياً على ما نوى وإلا فهو على شهر ويوم انتهى. وقياس ما مر أن يكون على شهر أيضاً.

حلف (**ليقضين دينه اليوم فقضاه**) أي: الدين (**زيوفاً**) زيف وهي المغشوشة قليلاً تتجوز بها التجار ويردها بيت المال لفظ الزيافة غير عربي إنما هو من استعمال الفقهاء (**أو نبهرجةً**) هذا غير عربي وأصله بنهره وهو الحظ، أي: حظ هذه الدراهم من الفضة أقل وغشه أكثر ولذا ردها التجار يعني المستعصي منهم والمسهل منهم يقبلها (**أو مستحقة**) للغير يرد لأن الزيف عيب، وكذا النبهرجة والعيب في الجنس لا يعدمه بدليل أنه لو تجوز لهما في الصرف والسلم جاز، وكذا قبض المستحقة صحيح وكذا لو إجازة ولو ...[1] إلى القبض أو إلى المالك لا يرتفع البر وإن انتقض لأنه إنما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض.

وهذه المسألة إحدى الخمس التي جعلوا الزيوف فيها كالجياد والثانية والثالثة لو اشترى بالجياد ونقد الزيوف رابح بالجياد وأخذ الشفيع بها الرابعة لو فقدها الكفيل رجع. الخامسة لو ظهر أن ما قبضه من دينه وأصرفه زيوفاً لعدم علمه بها وقت القبض لا يرجع بشيء عندهما خلافاً للثاني، (**ولو**) قضاه (**رصاص أو ستوقة**) فارسي

---

(١) بياض في الأصل.

لا. والبيع به قضاء لا الهبة لا يقبض دينه درهماً دون درهم، فقبض بعضه لا يحنث حتى يقبض كله متفرقاً لا بتفريق ضروري.............................

معرب وأصله بالفارسية يعني أن وجهي هذه الدراهم فضة وحشوها صفر أي نحاس (**لا**) أي: لا يبر لأنهما ليسا من جنس الدراهم، ولهذا لو تجوز بهما فيما ذكرنا لم يجز وذكر مسكين عن «الرسالة اليوسفية»...[1] أن النبهرجة إذا غلب عليها النحاس لم تؤخذ، وأما الستوقة فأخذها حرام لأنها فلوس (**والبيع**) أي: الصحيح (**به**) أي: بالدين (**قضاء**) أي: للدين فيه في يمينه ليقضين دينه اليوم لأن قضاء الدين طريقه المقاصصة وقد تحققت بالبيع سواء كان معه قبض أم لا، واشتراط محمد له كأنه ليقرر به كذا في «الهداية» يعني لأنه بعرضية السقوط بالهلاك قبل القبض، ورد بأن البر لا يرتفع بانتقاص المقاصصة بالهلاك، نعم هو في الفاسد شرط فيبر به حيث كانت قيمته تفي بالدين، وشمل إطلاقه ما إذا كان المبيع غير مملوك له.

وكذا لو قال في «الظهيرية»: إنَّ ثمن المستحق مملوك ملكاً فاسداً فملك المديون ما في ذمته كذا في «البحر» والمراد بالمبيع كل موضع فصلت المقاصصة فيه لا خصوصيته ومن ثم قالوا: لأنه لو تزوج الطالب أمة المطلوب/ [٢٩٦/ب] ودخل بها أو وجب عليه دين بالاستهلاك أو بالجناية يبر أيضاً، (**لا**) تكون (**الهبة**) أي: هبة الدين قضاء لأنه فعل المطلوب والهبة إسقاط الدين فلم يتحقق المقاصة بل تبطل اليمين إذا كانت مؤقتة لأن تصور البر بقاء شرط كما عرف في مسألة الكوز، أمَّا المطلقة فلا تبطل بالهبة بل يحنث فيها اتفاقاً بعد مضي زمن يقدر فيه على القضاء باليأس، لأن التصور إنما يشترط بقاؤه في المطلقة لا في الابتداء فقط.

(**لا يقبض دينه**) من زيد (**درهماً دون درهم، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض كله**) قبضاً (**متفرقاً**) لأنه أضاف القبض المتفرق إلى كلِ الدين حيث قال: لا أقبض ديني وهو اسم لكله، ولو كانت يمينه مقيدة بيوم مثلاً اشترط في حنثه أن يقبضه متفرقاً فيه ولو رد البعض لكونه ستوقة لم يحنث ما لم يستبدل ولا حنث لو وجده زيوفاً، والحيلة في عدم حنثه في مسألة «الكتاب» أن يترك من حقه درهماً ويأخذ الباقي كيف شاء، كذا في «الظهيرية».

وظاهر أنه لو قال: من دينه حنث بالقبض (**لا**) يحنث إذا قبضه متفرقاً (**بتفريق ضروري**) بأن يقبضه في أكثر من وزنتين غير متشاغل بينهما بغير الوزن لأن المجلس جامع للمتفرقات فكان كوزنة واحدة بخلاف ما لو تشاغل لأن به يختلف مجلس

---

(١) بياض في الأصل.

إن كان لي إلا مائة أو غير، أو سوى، فكذا لم يحنث بملكها، أو بعضها لا يفعل كذا تركه أبداً ليفعلنه بر بمرة، ولو حلفه وال ليعلمنه بكل داعر دخل البلد تقيد بقيام ولايته.......

القبض على ما عرف، ولو قال: (**إن كان لي إلا مائة أو غير أو سوى**) درهم (**فكذا**) أي: فامرأته طالق (**لم يحنث بملكها**) أي: المائة (**أو**) بملك (**بعضها**) لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة فيصدق بالمائة وما دونها، وهذا أعني عدم حنثه ببعضها لا يصح من حيث اللفظ إلا على جعل المستثنى مسكوتاً عن حكمه، وهو قول طائفة، وأما على جعله مثبتاً بطريق الإشارة أنه من النفي فيحنث فالمعول عليه العرف كذا في «الفتح» ويشترط في الزيادة أن تكون من جنس مال الزكاة كالدنانير وعروض التجارة والسوائم وفي «خزانة الأكمل» امرأته كذا إن كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث (**لا يفعل كذا تركه أبداً**) ضرورة عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر جميع الأوقات المستقبلة.

قال في «البحر»: وقدمنا أنه لو قال: والله أفعل كذا كانت يمينه على النفي بتقدير لا، إذ لا يجوز حذف نون التوكيد ولامه في الإثبات وعزاه فيما مر إلى «المحيط» (**ليفعلنه بر بمرة**) لأن الملتزم فعل واحد له غير معين إذ المقام مقام الإثبات فيبر بأي شيء فعل فعله، وإذا لم يفعله حنث بوقوع اليأس من الفعل أمّا بموت الحالف في آخر جزء من أجزاء حياته فيجب عليه الإيصاء بالكفارة أو بفوات محل الفعل، كما لو فعل ليأكلن هذا الرغيف فأكل قبل أكله هذا في المطلقة، أما في المقيدة فتبطل اليمين وكذا لو مات الحالف قبل مضي الوقت على ما مر ولو جن حنث عندنا.

وفي «الواقعات» إن فعلت كذا ما دمت ببخارى فامرأته طالق، فخرج منها ثم رجع ففعل لا يحنث لانتهاء اليمين، (**ولو حلف والٍ**) أي: متولي في البلد (**ليعلمنه بكل داعر**) بالمهملتين أي مفسد والجمع دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بفتح العين وكسرها فسد (**دخل البلد**) هذا اللفظ ثابت في كثير من النسخ ولا وجود له في نسخة الشارح ولذا قال: إنه ليس على ظاهره إذ لا يمكنه الإعلام بكل داعر في الدنيا، وإنما مراده كل داعر يعرفه أو في بلده أو دخل البلد.

أقول: ينبغي أن يقيد بأن يعرفه في بلده حتى لو عرفه في غير بلده لا يلزمه أن يحمله إليه، كما هو مقتضى الإطلاق (**تقيد**) حلفه (**بقيام ولايته**) فيجب عليه الإعلام ما بقيت ولايته، قال في «العناية»: والإعلام حال الدخول ليس بلازم، وإنما يلزمه أن لا يؤخر الإعلام إلى ما بعد الموت، أي: موت الوالي أو عزله في ظاهر الرواية زاد الشارح أو موت المستحلف لأنه لا يحنث في المطلقة إلا باليأس وذلك بما ذكرنا

يبر بالهبة بلا قبول بخلاف البيع لا يشم ريحاناً لا يحنث بشم ورد، وياسمين البنفسج، والورد على الورق..

إلا إذا كانت مؤقتة فيحنث بمضي الوقت مع الإمكان وهذا يفيد أنه يأثم بتأخيره الإعلام إلى ما بعد العزل أو الموت.

قال في «الفتح»: ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يبعد نظراً إلى المقصود وهو المبادرة لزجره / ودفع شره فالداعي يوجب التقييد بالفور فور علمه به وإنما تقيد بحال ولايته بدلالة الحال، وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره يزجره، وهذا لا يتحقق إلا في حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدة بعد زوالها ثم إذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد إلى الولاية نعم لو ترقى من غير تخلل عزل إلى منصب أعلى منه يجب أن لا يتردد في بقاء اليمين لزيادة تمكنه، ومن هذا الجنس ما لو حلّف رب الدين مديونه أو كفيله أن لا يخرج من البلد إلا بإذنه تقيد بقيام الدين والكفالة، وكذا لا تخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بقيام الزوجية بخلاف لا تخرج امرأته من الدار حيث لا يتقيد به له لم يذكر الإذن فلا موجب لتقييده، وعلى هذا ما لو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها بغير إذنك فهي طالق وطلقها بائناً أو ثلاثاً ثم تزوج بغير إذنها طلقت لعدم تقييد يمينه ببقاء النكاح (**يبر بالهبة**) من عقود التبرعات والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمري والتخلي والهبة، وفي الإقراض والإبراء روايتان، والإبراء يشبه البيع من حيث أنه يفيد الملك باللفظ دون القبض، والهبة من حيث أنه تمليك بلا عوض، والأشبه أنه يلحق بالهبة والقرض بالبيع (**بلا قبول**) عندنا خلافاً لزفر، والخلاف مقيد بما إذا حضر الموهوب له حتى لو وهب الحالف منه وهو غائب لم يحنث اتفاقاً قاله ابن ملك (**بخلاف البيع**) والإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع حيث لا يبرأ إلا بالقبول، والفرق أن اسم عقود التبرعات باب الإيجاب فقط والمعاوضات بإزاء الإيجاب والقبول.

(**لا يشم رَيحَاناً**) بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي وجاء في لغة فتح الميم في الماضي وضمها في المضارع (**لا يحنث بشم ورد وياسمين**)، لأنه اسم لما لا ساق له وله رائحة مستلذة عرفاً وما ذكر له ساق لا رائحة مستلذة إنما الرائحة للزهر أي: الورق وهذا عند الفقهاء، وفي العرف هو اسم لكل ما طاب ريحه من النبات، قال في «الفتح»: والذي يعول عليه في ديارنا اختصاصه بريحان الحماحم، وأما الريحان الترنجي منه فيمكن أن لا يكون لأنهم يلتزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعند الإطلاق لا يفهم منه إلا الأول فلا يحنث إلا به، (**البنفسج والورد**) يقعان (**على الورق**) دون الدهن في حلفه لا يشتري بنفسجاً أو ورداً للعرف كذا في «الكافي».

حلف لا يتزوج، فزوجه فضولي، وأجاز بالقول حنث، وبالفعل لا. وداره بالملك، والإجارة. حلف بأنه لا مال له، وله دين على مفلس، أو ....

وجزم في «المبسوط» بحنثه بدهن البنفسج لا بورقه وهو رواية «الجامع» وذكر الكرخي أنه يحنث بالورق أيضاً، والخلاف يرجع إلى العرف فكان في عرف الكوفة أن بياع الورق لا يسمى بائع البنفسج ثم صار الكل يسمى به في أيام الكرخي، وأما في عرف أهل مصر فيجب أن لا ينعقد إلا على الورق كما قال المصنف: (**حلف لا يتزوج فزوجه فضولي وأجاز**) نكاحه (**بالقول**) كرضيت أو قبلت (**حنث وبالفعل**) كبعث المهر أو بعضه بشرط أن يصل إليها وقيل: الوصول ليس بشرط وتقبيلها بشهوة وجماعها وإن كرهاً، ومنه ما لو أجاز بالكتاب لما في «الجامع» حلف لا يكلم فلاناً أو لا يقول له شيئاً فكتب إليه كتاباً لا يحنث، وذكر ابن سماعة أنه يحنث لا أي لا يحنث هو المختار كما مر، ومن الغريب ما في «جامع الفصولين» الأصح أنه (**لا**) يحنث بالإجارة بالقبول أيضاً.

تنبيه: تعارف الموثقون في مصر صورة تعليق متى تزوج عليها بنفسه أو بوكيل أو بفضولي تكن زوجته إذ ذاك طالقاً، فإذا زوجه فضولي وأجاز بالفعل، قال في «البحر»: لا يقع عليه الطلاق لأن قوله أو بفضولي عطف على قوله بنفسه والعامل فيه تزوج وهو مخصوص بالقول كما مر، فلو زاد أو دخلت في نكاحه أو في عصمته فالحكم كذلك لما قدمناه من أن الدخول ليس إلا سبب واحد وهو التزوج وهو لا يكون إلا بالقول.

أقول: ولو زاد بوجه من الوجوه أو بطريق من الطرق ينبغي أيضاً أن يكون الحكم كذلك، لأن ذلك معطوف على قوله بنفسه فالعامل فيه تزوج كما مر، نعم لو زاد وأجاز نكاح فضولي ولو بالفعل فلا مخلص له إلا إذا كان المعلق طلاق المتزوجة فيرفع الأمر إلى شافعي ليفسخ اليمين المضافة، وقدمنا أن الإفتاء كان في ذلك والله الموفق.

(**وداره بالملك والإجارة**) حتى لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها بالملك أو الإجارة حنث، وكذا بالإعارة ولو دخل داراً لا يسكنها لكنها ملكه لا يحنث على إطلاق الملك يشمل ما لو كان مالكاً لبعضها حيث كان ساكناً بها كما في «الخلاصة» ولا بد أن تكون/ سكناه لا بطريق التبعية فلو حلف لا يدخل دار [٢٩٧/ ب] فلانة فدخل دارها وزوجها ساكن بها لا يحنث، لأن الدار إنما تنسب إلى الساكن وهو الزوج كذا في «الواقعات» وقد مر شيء من هذا الجنس فكن على ذكر فمنه (**حلف لا مال له وله دين على مفلّس**) بتشديد اللام أي محكوم بإفلاسه (**أو**) على

مليء لا يحنث.

(**مليء**) أي: غني (**لا يحنث**)، لأن الدين ليس بمال وإنما هو وصف في الذمة وقبضه غير متصور.

خاتمة: حلف لا يأكل لحم دجاجة أو بقرة أو شاة أو بغلة، وكذا الإبل والجزور والبعير والخيل تناول الذكر والأنثى والتاء للوحدة والثور والكبش والديك خاص بالذكر والبرذون للأعجمي لا يأكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص وطبخ فيه طعم الحمص حنث كذا في «الخانية».

قال في «الفتح»: وعلى هذا فيجب فيما مر أنه إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل مرقة أنه لا يحنث أن يقيد بما إذا لم يجد طعم اللحم فيها. قال لعبده: إن سقيت الحمار فأنت حر فذهب به فلم يشرب عتق، لأنه سقاه لا يشرب عصيراً فعصر عنقود في حلقه لا يحنث ولو في كفه وحساء حنث قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا فينبغي أن لا يكون حانثاً لأن ماء العنب لا يسمى عصيراً في أول ما يعتصر. قال لغيره: أقسمت بالله عليك أو لم يقل عليك لتفعلن كذا، فالحالف هو المبتدئ إلا أن يكون أراد الاستفهام فلا يمين عليه أيضاً.

ولو قال لغيره: والله لتفعلن كذا ولم ينوِ شيئاً فهو حالف، فإن لم يفعل المخاطب حنث وإن أراد به الاستحلاف فلا شيء على واحد منهما، ولو قال: عليك عهد الله إن فعلت كذا فقال: نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدئ وإن نواه وفي «الخلاصة» حلف لا يأكل من مال فلان فتهاديا فأكل الحالف لا يحنث، لأن كلاً منهما أكل من مال نفسه وفيه نظر، قال: قلت للقاضي الإمام: لو كان الحالف أحد الشركاء صبياً لا يجوز وإن كان كل واحد منهما أكل من مال نفسه ينبغي أن يجوز واستصوب ذلك مني لكن لم يصرح بالخلاف انتهى.

قال في «الفتح»: وأقول: الفرق أن عدم الحنث لأكل كل من المتهاديين مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي أيضاً، وفي «الخلاصة» أيضاً لا يأكل من خبز فلان فأكل خبزاً بينه وبين فلان يحنث، وفي مجموع «النوازل» لا يحنث.

أقول: وينبغي أن يجري هذا الخلاف في حلفه لا يأكل من مال فلان فتناهدا ولو مات فلان فورثه إن لم يكن له وارث غيره أو أكل بعد القسمة لا يحنث وإلا حنث ولو قال: رغيف فلان لا يحنث، لا يزرع أرض فلان فزرع أرضاً بينه وبين غيره حنث لأن نصف الأرض يسمى أرضاً، ولو قال: لا أدخل دار فلان فدخل داراً بينه وبين غيره لا يحنث، لأن نصف الدار لا يسمى داراً الكل في «فتح القدير»، ثم رأيت

....

- -

في «منية المفتي» فروعاً يكثر دورها فأحببت ذكرها: لا يدع فلاناً يدخل داره فيمينه على النهي إن لم يكن منعه وإلا فعلى النهي والمنع جميعاً. أجر داره ثم حلف أن لا يتركه في داره فإذا قال له: اخرج من داري بر. لا يدع ماله اليوم على غريمه فقدمه إلى القاضي وحلف بر. لازم رجلاً فحلف الملزوم ليأتيه غداً فأتاه في الموضع الذي لزمه فيه لا يبر حتى يأتي منزله وإن حلف في منزله فتحول إلى آخر لا يبر حتى يأتي الجديد. ادعى عليه فحلف بالطلاق ما له عليه شيء فقامت عليه البينة بالمال حنث عند أبي يوسف وعليه الفتوى، وقد نص محمد أنه يحنث بلا خلاف. لا يدع غريمه يذهب فذهب الغريم حال كونه لم يحنث. آخر امرأة أتزوجها تكن طالق، فتزوج امرأة ثم طلقها ثم تزوجها ثم مات لم تطلق. حلف أن فلاناً ثقيل وهو عند الناس غير ثقيل وعنده ثقيل لم يحنث إلا أن ينوي ما عند الناس. لا يعمل معه في القصارة ونحوها فعمل مع شريكه حنث، ومع عبده المأذون لا. والفروع كثيرة والأعمار قصيرة، وفيما ذكرناه كفاية إذ لا وصول إلى الغاية والله الموفق بمنه وكرمه والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد من لا نبي بعده وآله وصحبه وسلم آمين.

كتاب الحدود

الحد عقوبة مقدرة للّه تعالى..

كتاب الحدود

لما فرغ من الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة ذكر بعده العقوبات المحضة ولولا لزوم التفريق بين العبادات لكان ذكرها بعد الصوم أولى لاشتماله على بيان كفارة الفطر المغلب فيها جهة العقوبة / والحد لغة المَنع، سميت العقوبة به [٢٩٨/أ] لمنعها من ارتكاب أسبابها معاودة وكل مانع لشيء فهو حاد له ومنه قيل للبواب والسجان حداداً لمنعه من الدخول والخروج، وسمى أهل الميزان المعرف للماهية حداً لمنعه منهما وعرفاً ما أفاده بقوله: (**الحد عقوبة مقدرة**) بالموت في الرجم وفي غيره بالأسواط الآتية: خرج به التعزير لعدم التقدير فيه، أي: في مطلقه وما سيأتي من بيان أقله وأكثره فذاك لنوع منه تجب حقاً (**لله تعالى**)، خرج به القصاص لأنه حق العبد ولو كان المقتص هو الإمام كما لو قتل عمداً ولا وارث له، وهذا لأن نفع الحد يعود إلى الكافة من صيانة الأنساب والأعراض والأموال، وفي اصطلاح غير مشهور حذف هذا القيد ليدخل القصاص وعليه فالحد قسمان: ما يصح فيه العفو، وما يقبل، وعلى الأول فالحد مطلقاً لا يقبل الإسقاط بعد ثبوت سببه عند الحكم فلا يجوز الشفاعة فيه لأنها ترك طلب الواجب، ولذا أنكر عليه الصلاة والسلام على أسامة حين شفع في المخزومية التي سرقت بقوله: «أتشفع في حد من حدود الله تعالى»[1] نعم قبل الوصول إلى الحاكم تجوز الشفاعة عند الرافع لإطلاقه، وركنه إقامة الإمام أو نائبه، وشرطه كون من يقام عليه من أهل الاعتبار سليم البدن فلا يقام على مجنون وسكران لأنهما ليسا من أهل الاعتبار، ولا على مريض ضعيف الخلقة إلا بعد الصحة، وسببه ارتكاب كبيرة من الزنا أو القذف أو شرب خمر وحكمه انزجار من عليه يقال: كذا في «المحيط» وسيأتي أن المريض إنما يؤخر عنه الحد لا الرجم وأن نحيف البدن يضرب بما يطيق وليس منه كونه مطهراً من الذنب عندنا بل المطهر إنما هو التوبة عملاً بآية قطاع الطريق حيث قال تعالى بعد ذكر أحكامهم ﴿ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٣-٣٤] أخبر سبحانه وتعالى أن آخر فعلهم عقوبة دنيوية وأخروية إلا من تاب فإنها تسقط عنه الأخروية بالإجماع، للإجماع على أن التوبة لا تسقط الحد في

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٨)، والبخاري في صحيحه (٣٢٨٨).

والزنا وطء في قبل خال عن ملك وشبهته.......................

الدنيا، وأما حديث البخاري وغيره «من أصاب من هذه المعاصي شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له، ومن أصاب منها شيئاً فستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه»[1] فيجب حمله على ما إذا تاب في العقوبة لذوقه مسبب فعله جمعاً بين الأدلة وتقييد النطق عند معارضة القطعي له متعينة بخلاف العكسى، كذا في «فتح القدير».

قال في «البحر»: وقد يقال: لو عاد الاستثناء إلى عذاب الآخرة لم يبقَ لقوله: ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ فائدة إذ التوبة ترفع الذنب قبل القدرة عليهم وبعدها فالظاهر رجوعه إلى عذاب الدنيا لما سيأتي من أن حد قطاع الطريق يسقط بالتوبة قبل القدرة عليهم وإنما يبقى حق العباد انتهى.

وأقول: بالتحقيق إنَّ الاستثناء راجع إلى عذاب الدنيا والآخرة حتى لو تاب قبل القدرة عليه بعدما أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ شيئاً سقط عنه حد الدنيا والعقاب في الآخرة، أما لو أخاف الطريق وتاب بعدما أخذ لا يسقط عنه حد الدنيا كما سيأتي، وبهذا ظهر فائدة التقييد بما قبل القدرة.

وقول الشارح: إنَّ الاستثناء ينصرف إلى ما قبله من الجمل لاتحاد جنسها فيرتفع بالتوبة ورجع إلى ما يليه في آية القذف لمغايرتها لما قبلها فكانت فاصلة انتهى. ويزيد بارتفاع الكل المجموع لما قد علمته من أنه لو قتل أو أخذ المال وتاب لا يسقط عنه واحد منهما، سواء تاب قبل الأخذ أو بعده، **(والزنا)** بالقصر في لغة أهل الحجاز فيكتب بالياء أو بالمد في لغة أهل نجد فيكتب بالألف والنسبة إلى المقصور زنوي وإلى الممدود زناوي بدأ بالكلام عليه لأنه لصيانة النسل كما مر فكان راجعاً إلى الموجود وهو الأصل، ولكثرة وقوع سببه مع قطعيته بخلاف السرقة فإنها لا تكثر كثرته والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطعية **(وطء)** عدل عنه في «العناية» فقال: هو قضاء المكلف شهوته قال: واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا، ولهذا يجب به الغسل انتهى.

وأنت خبير بأن الوطء فيه تلك الإشارة مستور **(في قبُل)** بضم الباء وإسكانها آثر التعبير به عن الفرج لاختصاصه بالإنسان **(خال عن ملك وشبهته)** المراد بالملك هو ملك الواطئ وبالشبهة في المحل لا في الفعل/ [٢٩٨/ ب] على ما سيأتي وهو التعريف فهم الشارح أنه للزنا الموجب للحد قال: ويشترط أن تكون المرأة مشتهاة والواطئ مكلفاً

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٦٧٩)، ومسلم في صحيحه (١٧٠٩).

ويثبت بشهادة أربعة........................

طائعاً ولو قال: الزنا وطء مكلف في قبل مشتهاة خال عن ملك وشبهة عن طوع كان أتم، وهذا الفهم منشؤه قول صاحب «الهداية» الوطء الموجب للحد وهو الزنا وأنه في الشرع واللسان وطئ الرجل المرأة في غير الملك وشبهته فينقض طرد تعريف المصنف بوطء غير المكلف والمكره وغير المشتهاة، وعكس التعريف بزنا المرأة فإن فعلها ليس وطئاً وإنما هو تمكين، ولذا لو قعدت على ذكره حال كونه مستلقياً فتركها حتى أدخلته فإنهما يحدان، وليس الموجود سوى التمكين، فالتعريف الجامع هو إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالاً أو ماضياً بلا ملك وشبهته أو تمكينه من ذلك أو تمكينها في دار الإسلام، وأنت خبير بأن نقض الطرد إنما يتم بتقدير كون التعريف للزنا الموجب للحد ولا نسلمه، بل هو للزنا الشرعي ولا يرد زنا المرأة في العكس لأنه ليس زنا حقيقة ولا يخفى أن تمكينه يرد على العكس، ولو أريد به الشرعي إلا أن يراد بالوطء كون الحشفة في قبل مشتهاة، والحق أن هذا تعريف للزنا الموجب للحد وتلك الشروط المزيدة خارجة عن الماهية وقد مر نظيره.

ثم رأيت الرازي قال بعد ذكر تعريف المصنف: وأما كون الزاني مكلفاً وطائعاً، والزانية مشتهاة فشرط لأجراء الحكم عليهما، وقول الشيخ: لو عرفه بما قال لكان أتم، أي: أوفى بالشروط نعم بقي أنه لا بد من كونه في دار الإسلام حتى لو زنا في دار الحرب لا حدَّ عليه كما سيأتي وهذا الشرط أومأ عليه المصنف بقوله ومكانه وما في «المحيط» من أن منها أن يكون عالماً بالتحريم حتى لو لم يعلم به لا يجب الحد للشبهة.

ورده في «الفتح» بأن الزنا حرام في سائر الأديان، حتى أن الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم وقال: ظننت أنه حلال يحد ولا يلتفت إليه وإن كان فعله ذلك أول يوم دخوله (**ويثبت**) أي: الزنا عند القاضي، أما ثبوته في نفسه فبإيجاد الإنسان لأنه فعل حسي (**بشهادة أربعة**) فيه إيماء إلى أنه يشترط كونهم ذكوراً، ولو كان الزوج منهم عندنا بشرط أن لا يشهد أنها زنت بولده سواء كان قبل الدخول أو بعده للتهمة، لأنه بشهادته قبل يريد إسقاط المهر وبعده إسقاط النفقة ويحد الثلاثة دون الزوج كذا في «المحيط».

وفي «السراج»: لو كان المشهود عليه امرأة أحد الشهود فلم يعدل أحد الثلاثة لاعنها الزوج وحدوا وذكر الكرخي أنه لا حد على الزوج ولا عليهم وهو الظاهر انتهى، وفيه نظر لا يخفى، وجوابه يعرف مما سيأتي للمتأمل ويشترط أن لا يكون قذفها لأنه يسعى في دفع اللعان عن نفسه وتحد الثلاثة أيضاً، كذا في «الظهيرية»

بالزنا لا بالوطء والجماع فيسألهم الإمام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية فإن بينوه ....

واتحاد المجلس لصحة الشهادة فلو جاؤوا فرادى حدوا حدّ القذف ولو كان خارج المسجد، بخلاف ما جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد آخر حيث تقبل الشهادة (**بالزنا**) أي: متلبسة بلفظ الزنا وفيه إيماء إلى أنه لو شهد به اثنان وشهد آخران أنه أقر به لا يحد ولا تحد الشهود أيضاً بخلاف ما لو كان الشاهد على الإقرار واحداً حيث يحد الثلاثة الذين شهدوا بالزنا، كذا في «الظهيرية» (**لا بالوطء والجماع**) لأن لفظ الزنا هو الدال على فعل الحرام بخلاف الوطء والجماع وكلامه يعطي بظاهره أنه لا يقوم مقام لفظ الزنا فلو قال: وطئها محرماً لم يقبل.

واعلم أن في اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر المندوب إليه، وعلى هذا فالأولى ترك الشهادة بالزنا ويجب أن يكون هذا بالنسبة إلى من لم يعتده، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به فيجب كون الشهادة أولى من تركها (**يسألهم الإمام**) أي: يسأل الشهود (**عن ماهيته**) أي: ذاته لأن الشاهد عساه عنى به غير إدخال الذكر في الفرج بأن ظن مماسته الفرجين حراماً زنا أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال يسأله عن الزنا ما هو، كذا في «الفتح» وهو ظاهر في أن ماهيته حقيقته فهو من عطف الخاص على العام (و) عن (**كيفيته**) لاحتمال كونه مكرهاً، والشاهد يرى أنه على الزنا لا يتحقق فيكون مختاراً وفي التحقيق عن حاله تعلق بالزاني نفسه (**ومكانه**) لجواز أن يكون في دار الحرب أو البغي أو ليعلم إيجاد مكان الزنا في دار الإسلام فإنه شرط كما سيأتي (**وزمانه**) لجواز / أن يكون في زمن متقادم ولا حد فيه حيث ثبت بالبينة، لأن التقادم يمنع قبولها بخلاف الإقرار ويجوز أن يكون في زمن صباه. [٢٩٩/أ]

(و) عن (**المزني بها**) من هي لجواز أن يكون ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون ذلك كجارية ابنه أو هي زوجته أو أمته وهم لا يعلمون ذلك، وقياس هذا في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فإن فيه أيضاً الاحتمال المذكور مع زيادة وهي جواز كونه صبياً أو مجنوناً إذ لا حد عليهما أيضاً في هذه الحالة في قول الإمام، وهذا السؤال إنما هو للاحتياط لا للاحتراز عن الغلط إذ هو مطلوب لدرء الحد وأنه لا معنى للغلط في الزمان والمكان هنا، كذا في «الحواشي السعدية» (**فإن بينوه**) أي: ما ذكر أفهم بمفهوم شرطه أنهم لو لم يزيدوا على قولهم أنه زنا لا يحد ولا الشهود أيضاً ولو بين ثلاثة ولم يزد الرابع على الزنا لا يحد أيضاً، وما في «المبسوط» من أنه يحد محمول على أنه قال للقاضي في مجلس غير

وقالوا: رأيناه وطئها كالميل في المكحلة وعدلوا سراً وجهراً حكم به وبإقراره..........

المجلس الذي شهد فيه الثلاثة، كذا في «الفتح» يعني وبين الرابع من الثلاثة حين شهد به لما قد علمته من اتحاد المجلس شرط لقبول شهادتهم (**وقالوا: وطئها**) في فرجها، أي: وضع ذكره (**كالميل**) أي كوضع الميل (**في المُكحلة**) بضمتين وعاء الكحل وفيه كلام وهو أن الظاهر أن قوله وقالوا: بيان لقوله وبينوه كما أشير إليه في بعض الشروح، وبمجرد القول المذكور لا يتم البيان لأنه إنما بين الماهية فقط والكيفية، كذا في «الحواشي اليعقوبية». وفي «فتح القدير» هذا هو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة انتهى.

وفي «إيضاح الإصلاح» في هذا بيان أنه لا يكتفي في ماهية الزنا بالإجماع، وعبارة القدوري ظاهرة في أنه لا بد من قولهم ذلك بعد بيان ما ذكر وذلك قال: سألهم الإمام عن الزنا ما هو؟ وكيف هو؟ وأين هو؟ وأين زنا؟ وبمن زنا؟ ومتى زنا؟ فإذا بينوا ذلك وقالوا: وطئها في فرجها كالميل في المكحلة حينئذ والمقام مقام الاحتياط فما في بعض الشروح فيه نظر فتدبره.

(**وعدلوا**) أي: الشهود (**سراً**) بأن يبعث القاضي ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز بها كل واحد منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة، (**وعلانية**) بأن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد ويقول هذا هو الذي ذكيته سراً قال: ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كي لا يهرب للتهمة تقريراً له إذ لا وجه لأخذ الكفيل منه ولم يكتف الإمام هنا بظاهر العدالة احتيالاً للدرء إذا لم يعلم بحال الشهود فإن علم عدالتهم لا يسأل لأن علمه أقوى من الحاصل من السؤال (**حكم به**) أي: بموجبه، أي: وجب عليه ذلك لظهور الحق (**و**) يثبت أيضاً (**بإقراره**) أي: الزاني وقدم الثبوت بالبينة لأن الثابت بها أقوى ولأنه المذكور في النص وخصه بهما دلالة على أنه لا يثبت بعلم القاضي، وكذا سائر الحدود عليه جماهير العلماء وعلى أن البينة على الإقرار لا تقبل ولا بد أن يكون صريحاً، فلا يحد الأخرس لو أقر بكتابة أو إشارة، وكذا لا يقبل الشهادة عليه لاحتمال أن يبدي شبهة، وكذا لو أقر فظهر مجبوباً أو أقرت فظهرت رتقاء بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد.

ولا بد أيضاً أن لا يكذبه الآخر حتى لو أقر فكذبته، أو هي فكذبها فلا حد عليهما عند الإمام خلافاً لهما، ولو أقر أنه زنا بخرساء أو هي بأخرس لا حد على واحد منهما ووجهه في «المحيط» بجواز أنها لو تكلمت أبدت ما يسقط الحد فقيل: يشكل عليه ما لو أقر أنه زنا بغائبة حد استحساناً لأن انتظار حضورها لاحتمال أن تذكر مسقطاً عنه وعنها ولا يجوز التأخير بهذا الاحتمال فيحتاج إلى

أربعاً في مجالسه الأربعة كلما أقر رده وسأله كما مر........

الفرق، وبقي رابع وهو أن يكون المقر صاحياً حتى لو أقر به أو بالسرقة في حال سكره فإنه لا يحد بخلاف ما لو سرق أو زنا حيث يحد، كما في «المحيط» معللاً بأن الإنشاء لا يحتمل التكذيب، والإقرار يحتمله (**أربعاً في مجالسه الأربعة**) أي: مجالس المقر وقيل: مجالس القاضي والأول أصح فإن أقر أربع مرات في مجلس واحد كان ذلك بمنزلة إقرار واحد.

وفي «الظهيرية» لو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة فإنه يحد انتهى. وهذا لأنه عليه الصلاة والسلام «أخر الحد عن ماعز إلى أن أتم إقراره أربعاً في أربعة مجالس»(١) وفسر محمد تفريق المجلس بأن يذهب المقر عنه بحيث يتوارى عن نظر القاضي ولو أقر كل يوم أو كل شهر حد كما في «الظهيرية» (**كلما أقر رده**) بحيث يغيب عن بصره كل مرة اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام في ماعز فظاهر قوله في «الهداية» لا بد من اختلاف المجالس/ وهو أن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حتى لا يراه ثم [٢٩٩/ ب] يجيء فيقر يفيد أن اختلاف المجلس لا يكون إلا أن يرده وفي العبارة تسامح كما قال صدر الشريعة: لأنه في الرابعة لا يرده ومن ثم قال في «الإصلاح» إلا الرابعة.

فـــرع

شهد عليه أربعة عدول بالزنا فأقر مرة واحدة، ذكر السرخسي أنه يحد يعني بحكم الشهادة وقال غيره: هذا قول محمد وعلى قول أبي يوسف أنه لا يحد، وكذا الخلاف لو أقر مرتين كما في «الشرح»، وقول أبي يوسف أصح كما في «الكافي»، وأجمعوا على أنه لو أقر أربعا بطلت الشهادة كما في «السراج» وما في بعض الكتب من أنهم لو كانوا فساقاً فأقر لا يحد مما لا ينبغي في التصوير إذ لا دخل لإقراره في عدم حده.

ولذا قال في «الفتح»: لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضي بشهادتهم ولا يحدون لأنهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون، وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته لا يسقط الحد عندنا، (**وسأله**) أي: القاضي المقر (**كما مر**) من سؤال الشهود عن الأشياء الخمسة، أما السؤال عن الماهية والكيفية والمكان فما لا كلام فيه، وأما عن الزمان فقد قيل: إنه لا يسأله بخلاف الشهادة لما مر من أن التقادم يمنعها دون الإقرار وإذا لم يكن التقادم معه مسقطاً فلا فائدة في السؤال، والأصح كما اقتضاه كلامه أنه يسأل عنه لفائدة هي جواز أنه زنا

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٥).

فإن بينه حد فإن رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه خلي سبيله وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة فإن كان محصناً رجمه في فضاء حتى يموت يبدأ الشهود به فإن أبوا سقط..........................

في حال صباه، وأما عن المزني بها فقال في «إيضاح الإصلاح»: لك أن تقول لا حاجة إليه لما سيأتي من أن جهلها لا يمنع وجوب الحد بالإقرار والحق ما في «الكتاب» أنه لا بد منه أيضاً لجواز أن يبينه فيمن لا يحد بوطئها كجارية ابنه بخلاف ما لو قال: لا أعرف المزني بها لأنه إقرار بالزنا ولم يذكر ما تسقط كون فعله زنا (**فإن بينه حد**) بما يستحقه من الرجم والجلد كما سيأتي.

(**فإن رجع**) المقر (**عن إقراره قبل الحد**) ومنه إنكار الإقرار كما في «الخانية» (**أو في وسطه**) ومنه ما إذا هرب كما في «الحاوي القدسي» (**خلي سبيله**) لأن الرجوع خبر يحتمل الصدق ولا مكذب له فيه فيتحقق به الشبهة في الإقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لأنه أرجح من الإقرار السابق، وبهذا عرف أن الرجوع عن الإقرار بحد الشرب والسرقة صحيح أيضاً بخلاف حد القذف والقصاص، والفرق لا يخفى (**وندب تلقينه**) الرجوع (**بلعلك**) أي: بقوله: لعلك (**قبلت أو لمست**) أو تزوجت (**أو وطئت بشبهة**) لخبر البخاري أنه ﷺ قال لماعز: «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت»[١] والحاصل أنه يلقنه ما يكون ذكره دارئاً للحد عنه.

وفي «المحيط» لو تزوج بها أو اشتراها لا يسقط الحد في ظاهر الرواية لأنه لا شبهة له وقت الفعل (**فإن كان محصناً رجمه**) الإمام (**في فضاء**) وهو المكان الواسع لأنه أمكن في رجمه ولئلا يصيب بعضهم بعضاً ولذا قالوا إنَّ الناس يصطفون كصفوف الصلاة لرجمه كلما رجم قوم تأخروا ورجم آخرون، كذا في «الشرح» ولم يقل بالحجارة، لأن كونه بها مأخوذ في مفهومه (**حتى يموت**) اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام في ماعز وعليه إجماع الصحابة ولو قتله إنسان أو فقأ عينه فلا شيء عليه ولو قبل القضاء وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ، كذا في «المحيط».

ومعنى لا شيء عليه أي: لا يقتص منه وإلا فينبغي أن يعزر لافتئاته أي: تجاوزه على الإمام (**يبدأ الشهود**) بالرجم أي: يشترط أن يبدؤوا (**به**) دل على ذلك قوله: (**فإن أبوا سقط**) أي: الحد لأنه دلالة على الرجوع ولا يحدون لأن امتناعهم ليس صريحاً في الرجوع وقيل: يحدون والأول رواية «المبسوط» وكذا لو أبى بعضهم ولو عبر به لكان أولى وخرج عن أهلية الشهادة بارتداد أو عمى أو فسق أو قذف، وكذا لو ماتوا أو

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٣٨)، وأبو داود في السنن (٤٤٢٧).

ثم الإمام ثم الناس ويبدأ الإمام لو مقراً ثم الناس........

غابوا في ظاهر الرواية لأن الإمضاء من القضاء في الحدود هذا إذا كان محصناً وفي غير المحصن.

قال الحاكم الشهيد في «الكافي»: يقام عليه حد الموت والغيبة ولو قطعت أيديهم فإن بعد الشهادة فكذلك وإن قبلها القاضي بحضرتهم وهذا لا يرد على المصنف لأن الامتناع عن شيء فرع القدرة، وكذا ما في «الظهيرية» لو كانوا مرضى لا يستطيعون الرمي رمى القاضي ثم الناس (**ثم الإمامَ ثم الناس**)، كذا روي عن علي رضي الله عنه ولم يقل: فإن أبى سقط الحد لأن رميه ليس حتماً إذ حضوره غير لازم كذا في «إيضاح الإصلاح» إلا أنه في «فتح القدير» قال: مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود وجب أن يثني / الإمام فلو لم يثنِ سقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما انتهى. [٣٠٠/أ] وهذا إنما يتم لو سلم وجوب حضوره كالشهود وفي رواية يستحب للإمام أن يأمر طائفة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحدود.

واختلفوا في عددها فعن ابن عباس واحد وقال عطاء: اثنان والزهري ثلاثة والحسن البصري أربعة انتهى. وهذا صريح في أن حضورهم ليس شرطاً فرميهم كذلك فلو امتنعوا لم يسقط قالوا: ويستحب أيضاً لكل راجم أن يقصد القتل لأنه المقصود إلا أن يكون ذا رحم محرم منه فيكتفى بغيره كذا في «الفتح» تبعاً لما في «الإيضاح» إلا أنه في «المحيط» قال: يكره لذي الرحم المحرم أن يلي إقامة الحد والرجم وسيأتي في «الكتاب» ما إذا قال قاضٍ عدل قضيت على هذا بالرجم وسعك أن ترجمه وإن لم تعاين الحجة (**ويبدأ الإمام لو**) كان الزاني (**مقراً ثم الناس**)، كذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه، وروى أبو داود «أنه عليه الصلاة والسلام رجم الغامدية بحصاة مثل الحمصة فقال: ارموا واتقوا الوجه»(١) وأنت تعلم أنه لو تم هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما عن علي، واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتفٍ برجم ماعز فإن القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن أن يجاب بأن حقيقة ما دل عليه قول علي «أنه يجب على الإمام أن يبتدئ في الإقرار» لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط الحد، فإن امتنع ظهرت أمارات الرجوع فامتنع الحد

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٤٤)، والبيهقي في الكبرى (٨/٢٢١).

ولو غير محصن جلده مائة ونصف للعبد بسوط لا ثمرة له متوسطاً ونزع ثيابه وفرق على بدنه إلا رأسه ووجهه وفرجه...

لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي رواية، فكان للدرء في نفي الشرط إذ لزم من عدمه العدم لا أنه شرط بذاته وهو منتفٍ في حقه عليه الصلاة والسلام هذا حاصل ما في «الفتح».

(ولو) كان الزاني **(غير محصن جلده)** الإمام **(مائة)** لقوله تعالى: ﴿الزانية﴾ إلى قوله: ﴿مائة جلدة﴾ [النور: ٢] نسخ ذلك في المحصن فبقي في غيره وقدمت الأنثى هنا وفي آية السرقة الذكور دلالة على أصالة المقدم في بابه **(ونصف)** جلد المائة **(للعبد)** لقوله تعالى: ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] نزلت في الإماء وإذا ثبت فيهن للرق ثبت في الذكور الأرقاء دلالة، إذ لا يشترط فيها أولوية المسكوت من الحكم بل يكفي المساواة وقول الشارح: إنَّهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة، أعني تغليب الذكور على الإناث وهذا الشرط أعني، الإحصان لا مفهوم له فإن على الأرقاء نصف المائة وإن لم يحصنوا **(بسوط لا ثمرة له)** قيل هي عذبته وذنبه وفي «الصحاح» وغيره هي عقد أطرافه، ورجح المطرزي إرادة الأول هنا لرواية الطحاوي «أن علياً جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة» فكانت الضربة ضربتين.

قال في «الدراية»: إلا أن المشهور في الكتب ما في «الصحاح» والحاصل أنه يجتنب كلا من التمرة بمعنى العقرة بمعنى الفرع الذي يصير به ذنبين تعميماً للمشترك لا عن العدد مائة، فلو تجوز بالتمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا لكان أولى، فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير سوطاً، كذا في «الفتح» ويضرب ضرباً **(متوسطاً)** بين المبرح وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلو الثاني من المقصود **(ونزع ثيابه)** عنه، لأن المقصود من ضربه إيصال الألم إليه والتجريد فيه أبلغ **(وفرق)** الجلد **(على بدنه)** لما أن جمعه في عضو قد يفسد ولأن كل عضو منه نال لذة فيعطى حظه من الحد **(إلا رأسه ووجهه وفرجه)** لرواية أبي شيبة «أن علياً حد السكران فقال: اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير»[١] جمع ذكر بمعنى العضو وجمع باعتبار قسميه ما حوله من كل ذكر جزء كما قالوا: شابت مفارقه وإنما له مفرق واحد ولأن الرأس مجمع للحواس الباطنية والوجه مجمع المحاسن وربما بالضرب تفسد والضرب على الفرج متلف، واستثنى بعض المشايخ أيضاً وهو رواية عن الثاني الصدر والبطن.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٥٢٩) رقم (٢٨٦٧٥).

ويضرب الرجل قائماً في الحدود غير ممدود ولا ينزع ثيابها إلا الفرو والحشو وتضرب جالسة ويحفر لها في الرجم لا له ولا يحد عبده إلا بإذن إمامه وإحصان الرجم.........

قال في «الفتح»: وفيه نظر بل الصدر من الحامل والضرب بالسوط المتوسط عدداً يسيراً لا تقبل في البطن فكيف بالصدر، نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن وقال أبو يوسف آخراً: يضرب الرأس سوطاً والمذهب ما مر، (**ويضرب الرجل قائماً في الحدود**)، وكذا في التعازير كما في «الفتح» «والخانية» أيضاً قال: ويضرب في التعزير قائماً عليه ثيابه ولا يمد انتهى. ولم أرَ لقضاة زماننا/ سلفاً في مده في التعزير على الأرض، والظاهر أنه لا يجوز لأنه [٣٠٠/ب] خلاف المشروع لما أخرجه عبد الرزاق عن علي أنه قال: «يضرب الرجل قائماً والمرأة قاعدة في الحد غير ممدود»[١] أي: ملقى على الأرض كما يفعل في زماننا.

وقيل: هو أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل: هو أن يمده بعد وقوعه على جسد المضروب وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود معهم في جميع معانيه لأنه في النفي، فجاز تعميمه وإن امتنع ولم يقف لا بأس بربطه على أسطوانة أو يمسك، (**ولا ينزع ثيابها إلا الفرو والحشو**) لأنهما يمنعان وصول الألم والستر حاصل بدونهما، (**وتضربَ جالسة**) لما روينا (**ويحفرُ لها في الرجم**) أي: يجوز لها الحفر لرواية مسلم «أنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية إلى صدرها»[٢] ولو تركه جاز استغناء بسترها بثيابها (**لا له**) لقول أبي سعيد: فوالله لما حفرنا لماعز وما أوثقناه ومن ثم قلنا: إنَّ الإمساك غير مشروع في المرجوم[٣].

قال في «الفتح»: إلا أن لا يصير واعياً فحينئذ يمسك ويربط، فإذا هرب من الرجم فإن كان مقراً لا يتبع وإن كان مشهوداً عليه تبع حتى يموت، (**ولا يحد**) المولى (**عبده إلا بإذن إمامه**) لما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفاً ومرفوعاً إلى الإمام الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولو فعله المولى هل يسقط عن العبد أم يعيده الإمام؟ لم أره مسطوراً والظاهر أنه يعيده لما قدمناه من أن ركنه إقامة الإمام أو نائبه (**وإحصان الرجم**) مشروع في شرائط الإحصان، أي: الشرائط التي هي الإحصان فالإحصان هو الأمور المذكورة وهذا أجزاؤه وهي هيه تكون باجتماع الشرائط فهي أجزاء علة وكل جزء علة فكل واحد شرط وجوب الرجم والمجموع علة الوجود

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٣٢٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود في الحدود (٤٤٣١).

الحرية والتكليف والإسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الإحصان ولا يجمع بين جلد ورجم وبين جلد ونفي........................

الشرط المسمى بالإحصان وقيد بالرجم لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتي. و(**الحرية والتكليف**) جعل هذه من الشروط طريق المتقدمين، والتحقيق أن الحرية شرط لتكميل العقوبة، وأما العقل والبلوغ فشرطان لأهلية العقوبة لأنهما من الشروط الخاصة، (و) أما (**الإسلام والوطء بنكاح صحيح**) فلا كلام أنهما شرطان له خاصة ولا بد أن تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزويجها صح النكاح لكن لو دخل بها عقيبه لا يصير محصناً لوقوع الطلاق قبله (**وهما**) أي: والحال أنهما أي: الزوجان (**بشرائط الإحصان**) المتقدمة وقت الإصابة بحكم النكاح حتى لو تزوج الحر المسلم المكلف غير مكلفة أو كتابية أو أمة ودخل بها لا تصير محصنة، وكذا لو تزوج حر مكلف أمة فأعتقت بعدما دخل بها لم يرجم لو زنا ما لم يطأها بعد الإعتاق، وكذا لو تزوج ذمية فأسلمت بعدما دخل بها فقبل أن يدخل بها الإسلام أي: يطأها زنا لا يرجم ،وكذا لو بلغت بعدما دخل بها وهي صغيرة كذا في «الفتح».

وهذا يقتضي أن الذمي لو زنا بمسلمة ثم أسلم لا يرجم ولا يعارضه ما في فتاوى قارئ «الهداية» من أنه لو زنى أو سرق ثم أسلم إن ثبت ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد، وإن ثبت بشهادة أهل الذمة لا يقام عليه الحد إلا أنه أراد بالحد هنا الجلد.

وفي «المحيط» عن محمد خلا بها ثم طلقها وقال: وطئها وقالت المرأة: لم يطأني يصير الزوج محصناً بإقراره دونها، وكذا لو طلقها بعدما دخل بها وقال: هي حرة وقالت: كنت نصرانية ولو أقرت زوجته بعد الدخول أنها أمته يرجم ولو كان قبل الدخول بها لا يرجم استحساناً، وبقي شرط آخر وهو أن لا يبطل إحصانهما بالارتداد فإن بطل به ثم أسلم لا يعود إلا بالدخول بعده، نص عليه في «شرح الطحاوي» وغيره عن محمد، لو لحقت الزوجة بدار الحرب مرتدة وسبيت لا يبطل إحصان الزوج، كذا في «المحيط» ولو زال بالجنون أو العته يعود بالإفاقة، وعند الثاني لا يعود إلا بالوطء بعده (**ولا يجمع**) في المحصن (**بين جلد**) أولاً (**ورجم**) ثانياً بل يقتصر على الرجم لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع، وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحب العسيف وإنما الذي تظافرت الطرق عليه أنه بعد سؤاله الإحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الأمر بالرجم (و) لا في البكر (**بين جلد ونفي**) عندنا أي: تغريب

ولو غرب بما يرى صح والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد.

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لا حد ....

عن الوطء لأنه سبحانه وتعالى إنما جعل جزاء غير المحصن، الجلد والجزاء هو الكافي (**ولو غرب**) الإمام (**بما يرى**) من التغريب (**صح**) أي: جاز على أنه تعزير سياسة وعلى هذا حمل النفي المروي/ عن بعض الصحابة ولا يختص هذا بالزنا بل [٣٠١/أ] يجوز في كل جناية كذا في «الكافي»، وفي «النهاية» المراد الحبس وعليه قوله:

وإني وقيار بها لغريب(١)

أي: محبوس وهذا أحسن وأسكن من التغريب لأنه يعود علي موضعه بالنقض، وحمل النفي في قطاع الطريق عليه، (**والمريض**) إذا كان محصناً وزنا (**يرجم**) لأنه أسرع للإتلاف فلا يؤخر المريض (**ولا يجلد**) إن لم يكن محصناً (**حتى يبرأ**) لأنه شرع زجراً لا متلفاً والجلد فيه ربما كان متلفاً ولذا قلنا: إنّه لا يقطع عند شدة الحر والبرد واستثنى في «الظهيرية» ما إذا وقع اليأس من برئه فيقام عليه ولو كان نحيف البدن يقام عليه بقدر ما يطيق وما مر عن «الظهيرية» من أنه يؤخر إلى برئه محمول على ما إذا لم يطق ذلك (**والحامل لا تحد**) لكن تحبس إذا كان زناها ثابتاً بالبينة لا بالإقرار (**إلى أن تلد**) فإن كانت محصنة رجمت لوقتها، وعن الإمام أنها تؤخر إلى استغناء الولد عنها حيث لم يكن له أحد، وبهذه الرواية جزم في «المختار» ولعمري إنها من الحسن بمكان وإن غير محصنة جلدت إذا خرجت من نفاسها وهذا القيد علم مما مر إذ النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء والله الموفق للصواب.

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لقيام الشبهة فيه قدم حد الزنا الموجب للحد وهذا الباب لتفاصيله، ولما كان الخلو عن الشبهة مأخوذاً في تعريفه ومنها ما لا يعتبر شبهة بدأ ببيان الشبهة، وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت ثم أصحابنا قسموها قسمين: شبه في الفعل وتسمى شبهة اشتباه ومشابهة أي: شبهة في حق من اشتبه عليه دون ما لم يشتبه، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أي: الثابت شبهة حكم الشرع محل الحمل كذا في «الفتح» وجعلها الشارح وغيره ثلاثة فزاد الشبهة في العقد والتحقيق هو الأول لأنها لا تخرج عنهما كما سيأتي وهو ظاهر ما في «الكتاب» لمن تأمل (**لا حد**) على

---

(١) من الطويل وهو لضابئ بن الحارث البرجمي في الأصمعيات (١٨٤)، ولسان العرب، مادة «قير».

بشبهة المحل وإن ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات، ولشبهة الفعل إن ظن حله كمعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده..........................

الزاني (**بشبهة المحل**) وهي المنافية للحرمة ذاتاً على معنى أنا لو نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافية للحرمة (**وإن ظن حرمته كوطئ أمة ولده وولد ولده**) لأن قوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك»[1] ينفي الحرمة فيهما (و) وطء (**معتدة الكنايات**) لأن رأي بعض الصحابة أنها رواجع، ودخل في الكنايات الخلع إذا خلا عن المال لما قلنا كما صرح به النسفي في «جامعه» وأفاد بالكاف إلى أن منها غير ذلك كالجارية المبيعة والمجهولة مهراً إذا وطئها البائع والزوج قبل التسليم أو بعده في الفاسد والمشتركة بينه وبين غيره، وأمة عبده المأذون المديون ومكاتبه والتي فيها خيار للمشتري والتي هي أخته من الرضاع أو جاريته قبل الاستبراء، والزوجة التي حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه لأمها لأن بعض الأئمة لم يحرم به فجعل بعضهم المسائل ستة مقتصراً عليها مما لا فائدة فيه، ومنها الجارية في الغنيمة إذا وطئ أحد الغانمين، سواء كان ذلك قبل الإحراز بدار الإسلام أو بعده كما في «البدائع».

ولو قتلت الأمة رجلاً عمداً فزنى بها ولي الجناية ولم يدع شبهة لا يحد ولو خطأ قبل أن يختار المولى شيئاً فإن اختار الفداء حدّ إجماعاً وإن اختار دفعها، ففي القياس يحد وبه أخذا، وفي الاستحسان لا يحد وبه أخذ الثاني، كذا في «الظهيرية» (و) لا حد عليه أيضاً (**لشبهة الفعل**) وثبت باشتباه غير الدليل دليلاً لم يقل بظن لأن ذلك الظن هو نفس الشبهة، كذا في «إيضاح الإصلاح» (**إن ظن حله**) الأولى أن يقال: ادعى الحل لأن العبرة لدعوى الظن وإن وجد في نفسه (**كمعتدة**) الطلاق (**الثلاث**) أو البائن على مال وكذا المختلعة، أما البائن على غير مال فمن الحكمية (**وأمة أبويه**) أراد بالأب والأم الأصل فدخل أمة جده (**وجدته**) وإن عليا، (و) أمة (**سيده**) وأم ولده التي أعتقها وهي في عدته، والمرتهن يطأ المرهونة في رواية كتاب الحدود وهي المختار، ومستعير الرهن هنا بمنزلة المرتهن فإن قال المرتهن: علمت حرمتها لا حدَّ عليه أيضاً في رواية كتاب الرهن لأن استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصار كالمشتراة بشرط الخيار.

وفي «الظهيرية» زنى بالمغصوبة ثم ضمن قيمتها لا حدَّ عليه ولو زنى بأمة ثم اشتراها حدَّ في ظاهر الرواية وعن الإمام في «الأمالي» أنه لا يحد ويحد في قول/ أبي [٣٠١/ب] يوسف وقياس هذا أنه يحد في المغصوبة عندهما خلافاً له انتهى. وينبغي أن الراهن

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٣٥٣٠)، وأحمد في مسنده (٦٩٠٢).

والنسب يثبت في الأولى فقط وحد بوطء أمة أخيه وعمه وإن ظن حله وامرأة وجدت في فراشه لا بأجنبية؛ زفت وقيل: هي زوجتك..........

لو أذن في الوطء ظاناً الحل فلا حد اتفاقاً ولم أرَ ما لو وطئ الموقوف عليه الموقوفة ظاناً الحل وينبغي أن لا يحد أيضاً قيد بالظن لأنه لو قال: علمت الحرمة وجب الحد فلو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدعِ لا حد عليهما حتى يقرا جميعاً بعلمهما بالحرمة، (**والنسب يثبت في**) النوع (**الأول فقط**) إن ادعاه دون الثاني وإن ادعاه لأن الفعل فيه تمحض زنا الفرض أن لا شبهة ملك إلا أن الحد يسقط لظنه فضلاً من الله وهو أمر راجع إليه لا إلى المحل، ولذا لم تجب به عدة ولم تتمحض في الأول، وهذا الإطلاق مقيد بغير المطلقة ثلاثاً لما مر في ثبوت النسب من أن نسب ولد معتدة الثلاث يثبت بغير دعوة إذا جاءت به لأقل من سنتين ويحمل على وطئ سابق على الطلاق، فإن جاءت به لأكثر لا يثبت إلا بالدعوة ويحمل على أنه وطئها في العدة بشبهة عقد وما في «الشرح» من أنه يثبت أيضاً بوطء أجنبية زفت وقال النساء هي زوجتك فظهر بخلافه مع أن الشبهة في الفعل رأي طائفة وسيأتي ما فيه، (**ويحد بوطء أمة أخيه**) وأخته (**وعمه**) وعمته وكذا سائر محارمه سوى الولاء.

(**ولو ظن الحل**) لانتفاء الشبهة في الملك وفي الفعل لعدم انبساط كل بمال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة، وأورد أنه لو سرق من هو لا يقطع، فظاهر أن بينهما انبساطاً وأجيب بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز وهو منتفٍ لدخوله في بيتهم بلا استئذان عادة، أما الحدّ فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (و) بوطء (**امرأة**) أجنبية (**وجدت في فراشه**) وقال: ظننتها زوجتي ولو كان أعمى إذ بطول الصحبة لا تشتبه عليه زوجته والأعمى عين بالحركات المألوفة إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية قائلة: أنا زوجتك أو أنا فلانة فواقعها لأن الإخبار دليل وقيدوا بقولها لأنها لو أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب الحد كذا في «الإيضاح» وبأنا زوجتك ونحوه لأنها لو اقتصرت الجواب بنعم فوطئها حدَّ، لأنه يمكن التمييز بأكثر من ذلك كذا في «الفتح» (**لا**) يحد (**بأجنبية**) أي: بوطئها (**زفت**) أي: بعثت إليه لم يقل.

وقلت: لأن خبر الواحد كان، كذا في «إيضاح الإصلاح» (**هي زوجتك**) بذلك قضى علي رضى الله عنه ولم يعلم فيها خلاف قيل: الشبهة هنا شبهة اشتباه وعليه جرى الشارح ويشكل عليه أن النسب لا يثبت فيها وقد أثبتوه هنا، وأيضاً لا بد في سقوط الحد معها من دعوى ظن الحل كما مر، ومن ثم جزم في «العناية» بأن هذا من الشبهة في المحل لأن الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشارع له العمل به وهو

وعليه مهر وبمحرم نكحها..

الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر العذر لكن يلزم عليه أنه لو قال: علمتها حراماً علي لعلمي بكذب النساء إنه لا يحد.

قال في «الفتح»: والحق هو الأول لانعدام الملك من كل وجه وكون الإخبار مطلقاً للجماع شرعاً ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل بل هو ما اقتضاه ثبوت الملك، نحو أنت وما لك لأبيك على ما مر (**وعليه مهرها**)، لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر وقد سقط الحد فوجب المهر إلا في وطء جارية الابن إذا علقت منه وادعى النسب، وفيما إذا وطء البائع المبيعة قبل التسليم ذكرهما في «الزيادات» وينبغي أن لا يجب بوطء جارية السيد لأن المولى لا يجب له دين على عبده إلا أن يقال وجب ثم سقط، كذا في «الشرح».

ولو وطئ العبد سيدته بشبهة ينبغي أن لا مهر أيضاً أخذاً من المولى ولا يستوجب على عبده حقاً، زاد في «الأشباه» ما لو نكح صبي بالغة حرة بغير إذن وليه ووطئها طائعة فلا حد ولا مهر أيضاً وعلله في «المجتبى» بأن قول الصبي غير معتبر، وقال في «البحر»: ولا يرد يعني على ما في «الشرح» ما لو زنى صبي بامرأة بالغة مطاوعة قالوا: لا حد عليه ولا مهر لإسقاطها حقها حيث مكنته لأن المهر وجب لكن سقط لما ذكرنا انتهى.

وهذا إنما يأتي فيما لو نكحها أيضاً وفيها لو وطئ حربية أو وطئ الموقوف عليه الموقوفة أو وطئ المرتهن بإذن الراهن ففي هذه الثلاث ينبغي أن لا يجب المهر أيضاً، ولم أره انتهى وأنت قد علمت بأن مسألة الرهن منقولة ففي رواية كتاب الحد وهو الراجح وهذا بإطلاقه يعم ما لو أذن الراهن إذ الفروج لا تباح به، وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب وهذا مع الإذن أولى لا يجب/ أيضاً (**بمحرم**) أي: لو وطئ [٣٠٢/أ] محرم نسباً أو رضاعاً أو صهرية ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج ومنكوحة الغير كالمحرم، كذا في «الكافي» (**نكحها**) أي: عقد عليها عند الإمام علم بالحرمة أو لا وقالا: إن علم حد، قيد بالمحرم لأنه لو تزوج أمة على حرة أو بلا إذن سيدها أو تزوج عبده بلا إذن أو تزوج مجوسية فلا حد عليه اتفاقاً، أما عنده فظاهر، وأما عندهما لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعاً على تحريمه وهي حرام في التأبيد، كذا في «الكافي».

قال في «الفتح»: وهذا التعليل يقتضي أن يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث مع جعلها فيه كالمحرم، والذي يغلب على ظني أنه لا يحد عندهما وعبارة الحاكم في «الكافي» تفيد ذلك حيث قال: رَجُلٌ تزوج امرأة لا

وبأجنبية في غير القبل وبلواطة..............................

يحل له نكاحها فدخل بها لا حد عليه وإن فعله على علم لم يحد أيضاً ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم انتهى. وظاهر أنه لا يحد اتفاقاً في نكاحه بلا إذن ولي وبلا شهود والخلاف يرجع إلى ثبوت محلية النكاح للمحارم وعدمه فعنده هي ثابتة على معنى أنها محل العقد لا بالنظر إلى خصوصٍ عاقد لقبولها مقاصده من التوالد فأورث شبهة ونفياها على معنى أنها ليست محلاً لعقد هذا العاقد فلم يورث شبهة، وهذا ظاهر في أنهما لم يتوارد في المحلية على محل واحد وعرف بهذا شبهة، وهذا أن المحلية لها إطلاقان وعلى هذا فما قدمناه من أن شرطه المحلية وهي الأنثى من بنات آدم التي لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، وكذا قول الأصوليين إنَّ النهي عن نكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله لو آذاو بها المعنى الثاني قال الإسبيجابي: والصحيح قول أبي حنيفة لكن قال أبو الليث: وبقولهما نأخذ، وفي «السراجية» وعليه الفتوى.

قال في «الفتح»: ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لأن الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس بثابت من وجه وإلا وجبت العدة وثبت النسب، ودفع بأن من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما ينبني عليه وجود الحل من وجه وهو منتفٍ في المحارم وشبهة الحل ليس إلا بثبوت الحل من وجه فإن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون وإنما لم تثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه انتهى. وهذا إنما يتم بناء على أنها شبهة اشتباه.

قال في «الدراية»: وهو قول بعض المشايخ والصحيح أنها شبهة عقد لأنه روى عن محمد أنه قال: سقوط الحد عنه لشبهة حكمية فيثبت النسب وهكذا ذكر في «المنية» انتهى. وهو صريح في أن الشبهة في المحل وفيها يثبت النسب على ما مر (و) لا يجب أيضاً (**بوطئه أجنبية في غير قبل**، و) لا يجب أيضاً (**باللواطة**) حاول العيني التغاير بينهما، فجعل الوطء في غير القبل يعم الوطء في السرة وأنت خبير بأنه فيها لا يسمى واطئاً، والظاهر أن اللواطة خاصة بإتيان الذكر لأنها عمل قوم لوط وكانوا لا يأتون غيرهم، وجمع المصنف بينهما إيماء إلى أنه لا فرق في الحكم بين الغلام، وغيره دفعاً لما قيل: من أن الخلاف في الغلام أما إتيانها في دبرها فيحد فيه إجماعاً، والأصح أن الكل على الخلاف نص عليه في «الزيادات» فلا يجب الحد عنده، وقالا: هو كالزنا أي: في الحكم فيحد جلداً إن لم يكن أحصن ورجماً إن

وببهيمة وبزنا في دار حرب و بغي..

أحصن روى ذلك عن علي ولأنه في معنى الزنا لا أنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على الكمال وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من التحريق أو هدم الجدار عليه أو نكسه من مكان مرتفع مع إتباع الأحجار فلو كان زنا في اللسان أو في معناه لم يختلفوا، بل كانوا يتفقون على إيجاب حد الزنا، فاختلافهم في موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه غير أنه يعزر بأمثال هذه الأمور عنده قاله ملا خسرو، والذي ذكره غيره تقييد قتله بما إذا اعتاد ذلك، قال في «الزيادات»: والرأي إلى الإمام فيما إذا اعتاد ذلك إن شاء قتله وإن شاء ضربه وحبسه وفي «فتح القدير» ويعزر ويسجن حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الإمام محصناً كان أو غير محصن سياسة.

[٣٠٢/ ب] قال في «البحر»: والتقييد بالإمام يفهم أن القاضي/ ليس له الحكم سياسة، وفي «الحاوي القدسي» تكلموا في هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلى موضع وحبسه في أنتن المواضع وغير ذلك سوى الإخصاء والجب والجلد أصح انتهى. ولا خلاف أنه لو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد لكنه يعزر على ما مر.

تتمة: هل يجوز أن يكون اللواطة في الجنة؟ قيل: إن كانت حرمتها سمعاً وعقلاً لا يكون وإن كانت سمعاً فقط جاز أن تكون.

قال في «النهاية» معزياً إلى التمرتاشي: والصحيح أنها لا تكون لأنَّ الله تعالى استقبحها وسماها خبيثة والجنة منزهة عنها (**وببهيمة**) أي: لا يجب الحد بوطء بهيمة أيضاً لأنه للزجر، وإنما يحتاج إليه فيما طريقه سالك وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم لغلبة الشبق فلا يفتقر إلى الزجر إلا أنه يعزر، وما روي عن علي من حرقها بعد ذبحها فذلك لقطع امتداد الحدث بها كلما رأيت، وليس بواجب هذا إذا كانت مما لا يؤكل فإن كانت تؤكل جاز أكلها عنده وقالا: تحرق أيضاً فإن كانت الدابة لغيره أمر صاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح هكذا قالوا، ولا نعرف ذلك إلا سماعاً فيحمل عليه كذا في «الشرح» والظاهر أنه يطالب على وجه الندب ولذا قال في «الخانية»: كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة (و) لا يجب أيضاً (**بزنا**) مسلم (**في دار الحرب**) والبغي، يعني إذا خرج إلينا فأقر به عند القاضي أو أقيمت عليه البينة به في غير تقادم لأنه لم ينعقد سبباً لإيجاب

وبزنا حربي بذمية في حقه وبزنا صبي أو مجنون بمكلفة بخلاف عكسه وبالزنا بمستأجرة

حال وجوده لأن أحكامها لا تصل إليهم فلا ينقلب موجباً للخروج، وقد قالوا: لو غزا من له ولاية إقامته كالخليفة وأمير مصر ودخل دار الحرب يقيم الحرب على من زنا من عسكره إذ هو تحت يده فالقدرة عليه ثابتة وهذه ترد على إطلاق المصنف، أما لو خرج من العسكر فزنى ثم عاد لا يقيمه (و) يجب أيضاً (**بزنى حربي**) دخل دارنا بأمان (**بذمية في حقه**) أي: الحربي، وأما الذمية فتحد كالمسلمة عند الإمام.

وقال أبو يوسف: يحد المستأمن أيضاً وقال محمد: لا يحد واحد منهما غير أنه قال في العكس وهو ما لو زنى ذمي بمستأمنة كقول الإمام من أن الذمي يحد قيد بالذمية لأنه لو زنى بحربية مستأمنة لا يحد واحد منهما عندهما خلافاً لأبي يوسف، والأصل عنده أن الحدود كلها تقام على المستأمن والمستأمنة إلا حد الشرب، وعند الإمام لا يقام عليه شيء منها إلا حد القذف، ومحمد يقول ذلك، إلا أن الرجل أصل والمرأة تبع والامتناع في الأصل امتناع في التبع (و) لا يجب أيضاً (**بزنى صبي أو مجنون بمكلفة بخلاف عكسه**)، وهو ما لو زنى المكلف بصغيرة أو مجنونة حيث يجب الحد عليه والفرق أن فعل الرجل أصل في الزنا والمرأة تابعة له وامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع على ما مر، وامتناعه في التبع لا يستلزمه في حق الأصل.

قال الشيخ: وعباراتهم من أن فعلها مع الصبي والمجنون ليس زنا يشير إلى أن إحصانه به لا يسقط كما لا يسقط إحصان الصبي والمجنون كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة، وهنا لا يجب وأجيب بأن إيجابه هنا لا فائدة فيه أيضاً إذ بفرضه يرجع الولي عليها به لأنها لما طاوعته صارت امرأة له به بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية فإنه لا يرجع، وما أورد من أن القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وقد تخلف هنا لا يتم مراداً إلا بتسليم كون هذه قاعدة وهو ممنوع؟ ألا ترى أن زنا المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة يوجب الحد عليها دونه إعطاء لكل حكم بما اقتضاه دليله (و) لا يجب أيضاً (**بالزنا بمستأجرة**) للزنا بأن قال: استأجرتك أو خذي هذه الدراهم لأطأك وهذه عند الإمام، وقالا: يجب الحد لعدم شبهة الملك ولذا لا يثبت النسب وله أن المستوفى في الزنا المنفعة وهي المعقود عليها في الإجارة لكنه في حكم العين فبالنظر إلى الحقيقة يكون محلاً للعقد بالإجارة فأورث شبهة بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لأن العقد لم يضف إلى المستوفى بالوطء فالعقد المضاف إلى محله يورث الشبهة فيه لا في محل آخر، وفي «الكافي» لو قال: أمهرتك كذا لأزني بك لا يجب الحد.

وبإكراه وبإقرار إن أنكره الآخر ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد والقيمة والخليفة.........

[١/٣٠٣] قال في «الفتح»: والحق في هذا كله وجوب الحد إذ المذكور/ معنى يعارضه كتاب الله تعالى: ﴿الزانية والزاني﴾ [النور: ٢] الآية فالمعنى الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله: أزني بك لا يجلد معه للفظ المهر معارض له (و) لا يجب أيضاً (**بإكراه**) فيه إيماء إلى أن الإكراه عليه يتحقق وهذا ما رجع إليه الإمام وكان أولاً يقول: إنَّ الرجل يحد لأنه لا يتصور إلا بانتشار الآلة وهو آية الطواعية فافترق بالإكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بخلاف المرأة إذ ليس معها دليل الطواعية فلم تحد إجماعاً قلنا: السبب المجني إلى الفعل قائم ظاهر والانتشار لا يستلزم الطواعية بل محتمل له إذ يكون معه ويكون طبعاً لقوة الفحولية وقد يكون لريح حتى يوجد من النائم فلا يترك أمر اليقين إلى المحتمل، نعم هو عنده خاص بالسلطان ولو بأمر منه كما في «جامع الأصولين» فيحد بإكراه غيره وقالا: لا يحد لتحققه من غيره.

قالوا: هذا اختلاف عصر ففي زمنه لم يكن لغيره من القوة مما لا يمكن دفعه وكانت في زمنهما لكل متغلب ولا يسمى في زماننا فيفتى بقولهما (و) لا يجب أيضاً (**بإقرار**) من أحدهما (**إن أنكر الآخر**) عند الإمام، وقالا: إن لم يدع المنكر شبهة بل قال: ما زنيت حد المقر قلنا: الزنا فعل مشترك بينهما فانتفاء موجبه عن أحدهما يوجب شبهة في الآخر، ثم يجب المهر ولو كانت هي المنكرة للنكاح لأنه من ضرورة سقوط الحد (**ومن زنا بأمة فقتلها لزمه الحد والقيمة**) معاً إن قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه، ولم يذكر محمد في «الجامع الصغير» خلافاً في المسألة، وعن الثاني أنه لا يحد لأن تعذر ضمان القيمة مسبب ملك الأمة وجه الظاهر أن هذا ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم، والدم لا يملك قيد بالأمة لأنه لو زنى بحرة فقتلها حد اتفاقاً وكان عليه الدية ولو أفضاها فقط فإن كانت كبيرة مطاوعة فلا شيء عليه ثم إن لم يكن ثمة شبهة حدا وإلا لا، ووجب العقد وإن كانت مكرهة ولم يدع شبهة حد ولا مهر ثم إن لم يستمسك ضمن جميع الدية، وكذا إن ادعى شبهة ويضمن المهر في ظاهر الرواية وإن لم يستمسك ضمن جميع الدية ولا يجب المهر عندهما خلافاً لمحمد، والصغيرة ولو جرحها في الزنا أو كسر فخذها ضمن الدية وحد كما في «المحيط» وبقتلها لأنه لو ذهب عينها لزمه قيمتها وسقط الحد لما أن الملك يثبت في العمياء فأورث شبهة أي: في ملك المنافع تبعاً.

وفي «الفوائد الظهيرية»: غصبها ثم زنا بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعاً، أما لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق (**والخليفة**) وهو

يؤخذ بالقصاص وبالأموال لا بالحد.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد........................

الذي لا والي فوقه (**يؤخذ بالقصاص والأموال**) لأن الحق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره وعرف بهذا جواز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي، والقضاء إنما هو لتمكينه من استيفائه (**لا**) أنه شرط لا يؤاخذ (**بالحد**) لأنه حق الله تعالى وهو المكلف بإقامته وتعذر إقامته على نفسه لأن إقامته بطريق الجزاء والنكاح ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه، قيل: ما المانع من أن يولي غيره الحكم فيه؟ لما يثبت عنده فإذا وجب عليه حق استوفاه ولا يخلص إلا بادعاء أن آية الزنا نفهم أن المخاطب فيه بالجلد الإمام أن يجلد غيره، قال في «الفتح»: وقد يقال أين دليل إيجاد الاستنابة والله الموفق للصواب.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قدّم أن الزنا يثبت إما بالبينة أو الإقرار ثم ذكر في هذا الباب أسباباً ترد بها الشهادة كالتقادم، والاختلاف في الزمان والمكان، والجهل بالمزني بها ونحو ذلك، وكذا الرجوع عنها وكل هذه عوارض على خلاف الأصل فناسب تأخيرها وهذا أولى مما في «العناية» و«الدراية» و«فتح القدير» كما يظهر ذلك لمن راجعها (**شهدوا بحد متقادم**) فيه تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة كذا وهو شهر في الأصح (**سوى حد القذف لم يحد**) لعدم الشهادة للتهمة وذلك/ أنَّ الشاهد مخير في الابتداء بين الستر والأداء فتأخيره إن كان ميلاً إلى الستر [٣٠٣/ ب] فالإقدام على الأداء بعد ذلك لعداوة حركته، وإن لم يكن كان بالتأخير فاسقاً بخلاف حد القذف لأن الدعوى فيه شرطاً لما فيه من حقوق العبد فحمل التأخير على انعدام الدعوى، وأورد أنها شرط في السرقة أيضاً ومع هذا لا تقبل الشهادة فيها بالتقادم.

وأجاب قاضي خان بأنها إنما لا تقبل لا للتهمة في الشهود بل للخلل في الدعوى، وذلك أن صاحب المال مخير في الابتداء فإذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل حق دعوى المال فقط، إلا أن هذا يقتضي أن الشهود لو علموا بالسرقة فلم يعلموه حتى مضى شهر، فادعى تسمع الدعوى ولا تقبل الشهادة، واعلم أن جزمهم بفسقه ينافي ما جزموا فيه من أن أداها في الحدود قد انتسخ ويمكن أن يجاب بأنه بعد اختيار الأداء يصير واجباً كما في النوافل تجب بالشروع، كذا في «الحواشي السعدية».

ويضمن المال ولو أثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة وإن أقر بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم في طوعها ....

وقد يقال المنسوخ إنما هو تعين الأداء ولذا قال في «الفتح»: إنه مأمور بأحد أمرين الستر أو الأداء احتساباً فأحد الأمرين واجب مخير كخصال الكفارة انتهى. قيد بالشهادة لأنه لو أقر بحد متقادم حدّ لانتفاء العلة إلا في حد الشرب عندهما خلافاً لمحمد على ما سيأتي، ولا بد أن يكون التقادم لغير عذر فإن كان له كمرض أو بعد مسافة أو خوف طريق قبلت وحدّ **(وضمن المال)** المسروق، لأن التقادم لا يمنع دعوى المال ولأن تأخير الشهادة لتأخير الدعوى لا يوجب فسقاً، وينبغي أنهم لو أخروا الشهادة لا لتأخير الدعوى أن لا تقبل في حق المال أيضاً، كما في «فتح القدير».

قال في «البحر»: وقولهم بضمان المال مع تصريحهم بوجود التهمة في شهادتهم مع التقادم مشكل لأنه لا شهادة للمتهم ولو بالمال إلا أن يقال: إنها غير محققة وإنما الموجود الشبهة، وبما قدمناه عن قاضي خان لا يحتاج إلى هذا في دفع هذا الإشكال **(ولو أثبتوا زناه بغائبة حدّ)** بإجماع الأربعة، وكذا لو أقر بالزنا بغائبة **(بخلاف السرقة)**، والفرق أن بالغائبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة للعمل في البينة وليست بشرط لثبوت الزنا عند القاضي، وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لأنه شبهة الشبهة **(وإن أقر)** المكلف **(بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا عليه بذلك)** أي: بأنه زنا بامرأة لا يعرفها، أي: لا يحد لجواز أن تكون زوجته أو أمته بل هو الظاهر بخلاف الإقرار لأنه لا يخفى عليه من هي واحتمال أن تكون أمته بالميراث ولا يعرفها لا اعتبار به لأنه ثابت في المعروفة أيضاً فإن قلت مقتضى التعليل الأول أنَّ المشهود عليه لو قال: ليست بزوجتي ولا أمتي أن يحد مع أنه لا يحد أيضاً، قلت: إنما لا يحد لجواز أن تكون أمة ابنه أو منكوحته نكاحاً فاسداً إلا أن مقتضى هذا أنه لو قال: هي أجنبية عني بكل وجه أن يحد.

وفي «الخانية» لو قال الشهود بعد قولهم: لا نعرفها: هي فلانة **(لا)** يحد واحد منهما **(كاختلافهم)** أي: كما لا يحد في اختلاف الشهود **(في طوعها)** بأن شهد اثنان أنه أكرهها وآخران أنها طاوعته وهذا عند الإمام، قالا: يجب الحد على الرجل لاتفاقهم على أنه زنى غاية الأمر أن اثنين تفردا بزيادة جناية هي إكراهه، وله أن الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة وهذا لأن شاهدي الزنا بطائفة ينفيان زناه بمكرهة، والآخران ينفيان زناه بطائفة فلم يتحقق على خصوص الزنا في الخارج بشهادة أربعة، وما قيل من أن شاهدي الطواعية لما

أو في البلد ولو على كل زنا أربعة ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ولو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر أو الشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وإن شهد الأصول لم يحد أحد ولو كانوا عمياناً أو محدودين أو ثلاثة حد الشهود........

اندرأ الحد عنهما صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم لكن سقط الحد بشهادة الآخرين بالإكراه إنما يحتاج إليه على قولهما، أما على قول الإمام فلا يجب حد القذف على الشهود، نص عليه شمس الأئمة في «جامعه» (أو) كاختلافهم (**في البلد**) بابن شهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة، وآخران أنه زنى بها بالبصرة والوجه فيه ظاهر ولا حد على الشهود أيضاً خلافاً لزفر، (ولو) كان (**على كل زنا أربعة**) كما إذا شهد أربعة أنه زنا بالبصرة وقت طلوع الشمس في اليوم الفلاني من الشهر الفلاني من السنة الفلانية، وأربعة أنه زنى بها بالكوفة في الوقت المذكور بعينه فلا حد عليهما لأنّا تيقنا بكذب أحدهما.

قال في «الفتح»: ولو تقارب المكان جازت شهادتهم/ لأنه يصح كون الأمرين [٣٠٤/أ] فيهما في ذلك الوقت لأن طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتداداً عرفياً إلا أنه يخص أوان ظهورها من الأفق، (ولو اختلفوا) أي: الشهود (**في بيت واحد**) بأن شهد اثنان أنه زنا بها في زاوية منه وآخران أنه زنى بها في زاوية أخرى (**حدّ الرجل والمرأة**) استحساناً لإمكان التوفيق بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه بأخرى إذ المراد به الصغير، أما بالبيت الكبير فكالدار قيد بالبيت لأنه لا حد في الاختلاف في دارين والاختلاف في طولها وقصرها وسمنها وهزالها وثيابها غير مانع للقبول، (**ولو شهدوا على زنا امرأة وهي**) أي: والحال أنها (**بكر**) أو رتقاء أو قرناء (أو) كان (**الشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وإن شهد الأصول**) بعد ذلك (**لم يحد أحد**)، أما في الأولى فلظهور كذب الشهود وهذا لأن شهادة النساء بها حجة في إسقاط الحد وإن لم تكن حجة في إيجابه والواحدة تكفي، كما في «كافي» الحاكم، وفي كلامه إيماء إلى أنهم شهدوا عليه بالزنا فوجد مجبوباً فلا حد أيضاً، وأما في الثانية فلا انتفاء الزنا لانتفاء العدالة، وأما في الثلاثة فلامتناع الشهادة على الشهادة في الحدود لما فيها من زيادة الشبهة وشهادة الأصول قد ردت من وجه برد شهادة الفروع، قال الشارح: هذا في الحدود، وأما الأموال فتقبل ولو ردت شهادة الأصول لم تقبل شهادة الفروع ولا الأصول بعده في كل شيء إن ردت لتهمة مع الأهلية، وإن ردت لعدمها تقبل بعد ثبوتها كالعتق والإسلام والله الموفق.

(**ولو كانوا**) أي: الشهود (**عمياناً أو محدودين**) في قذف أو كان بعضهم كذلك (أو) كانوا (**ثلاثة حد الشهود**) لأنهم قذفة يعني إذا طلب المشهود عليه ذلك

لا المشهود عليهما ولو حد فوجد أحدهم عبداً أو محدوداً حدوا وأرش ضربه هدر وإن رجم فديته على بيت المال فلو رجع أحد الأربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية وقبله حدوا ولا رجم ولو رجع أحد الخمسة لا شيء عليه فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية............

لأنه حقه (**لا**) يحد (**المشهود عليه**) لعدم ثبوت الزنا في حقه بشهادتهم، وقيد بالأعمى والمحدود دلالة على أنه لا يحد لو كانوا عبيداً أو صبياناً أو مجانين أو كفاراً بالأولى لأنهم ليسوا أهلاً للتحمل ولا للأداء، أما الأعمى والمحدود فأهل للتحمل دون الأداء، (**ولو حد**) المشهود عليه (**فوجد أحدهم عبداً أو محدوداً**) في قذف أو أعمى أو كافراً حدوا حد القذف لأن المشهود حينئذٍ أقل من أربعة (**وأرش ضربه**) ونفسه لو مات (**هدر**) عند الإمام، وقالا: إن جرحه الضرب أو مات فأرش جراحته ودية نفسه في بيت المال وعلى هذا الخلاف لو رجعوا فعنده لا يضمنون شيئاً وعندهما يضمنون لهما أن الواجب مطلق الضرب إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الخارج وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع، وعند عدمه يرجع إلى بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي فهو عامل للمسلمين وله أن الواجب هو الحد، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع إلا لقلة هداية الضارب فاقتصر عليه، إلا أنه لا يجب الضمان عليه في الأصح لئلا يمتنع الناس عن الإقامة، (**وإن رجم**) فظهر أحدهم كما ذكر (**فديته في بيت المال**) اتفاقاً.

(**ولو رجع أحد الأربعة بعد الرجم حد**) لانقلاب شهادته بالرجوع قذفاً (**وغرِّمَ ربع الدية**) لأن الذي تلف بشهادته إنما هو ربع الحق ولذا لو رجع الكل حدوا وغرموا الدية، ولو ثبت عليه الزنا مرتين كل واحدة بأربعة فرجم، ثم رجع الفريقان ضمنوا الدية إجماعاً ويحدون للقذف عندهما خلافاً لمحمد (و) إن رجع (**قبله**) **أي**: الرجم سواء كان قبل القضاء أو بعده (**حدوا**)، أما إذا كان قبل القضاء فهو قول علمائنا الثلاثة لأنهم صاروا قذفة، وأما إذا كانوا بعده فهو قولهما وقال محمد: يحد الراجع فقط لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ إلا في حق الراجع ولهما أن الإمضاء من القضاء ولذا يسقط الحد عن المشهود عليه والله الموفق.

(**ولو رجع أحد الخمسة لا شيء عليه**) سواء كان قبل القضاء أو بعده لأن ثمة من يبقي شهادته كل الحق والله أعلم، (**فإن رجع آخر حدا**) لأن شهادتهما حينئذ تنفسخ قذفاً لعدم تمام بقاء الحجة لأن الرجوع الثاني هو الموجب للحد، (**وغرما ربع الدية**) لأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق إذ المعتبر في قدر لزوم الغرامة بقي من بقاء لا رجوع من رجع، وفي قوله: غرما إيماء إلى أن الرجوع بعد الرجم.

قال في «الحاوي القدسي»: ولو رجع الثالث كان عليه ربع الدية وكذا الثاني

وضمن المزكون دية المرجوم إن ظهروا عبيداً كما لو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك وإن رجم فوجدوا عبيداً فديته في بيت المال وإن قال شهود الزنا: تعمدنا النظر قبلت شهادتهم

والأول ولو رجع الخمسة ضمنوا الدية أخماساً (**وضمن المزكون**) برجوعهم وطواه اكتفاء بدلالة ضمن (**دية/ المرجوم إن ظهروا**) أي: الشهود (**عبيداً**) أي: غير أهل للشهادة عند الإمام بأن قالوا بعد قولهم هم أحرار مسلمون تعمدنا الكذب لعلمنا بأنهم ليسوا كما قلنا: وأوجبناها على بيت المال لأنهم إنما أثبتوا على الشهود خبراً فصار كما إذا أثبتوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا بالإحصان فظهر بعد رجمه أنه غير محصن فإنهم لا يضمنون، فكذا المزكون وله أن الشهادة إنما تصير حجة بالتزكية فكانت في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط قيد بالرجوع، لأنه لو ثبتوا على التزكية، وقالوا: أخطأنا: كانت الدية في بيت المال اتفاقاً وبالتزكية لأنهم لو أخبروا بأنهم عدول وظهروا عبيداً لم يضمنوا اتفاقاً إذ ليس هذا بتزكية والخطأ مضاف إلى القاضي لاكتفائه بهذا القدر، (**كما لو قتل من أمر برجمه**) رجل (**فظهروا كذلك**) أي: عبيداً فإن القاتل يضمن الدية استحساناً في ثلاث سنين لأن القضاء وقت القتل كان صحيحاً ظاهراً فأورث شبهة قيد بأمره لأنه لو قتل قبله كان على القاتل القصاص في العمد والدية على عاقلته في الخطأ، وظاهر أن المراد بالأمر هو الكامل وهو أن يكون بعد استيفاء ما لا بد منه، أما لو كان ناقصاً بأن كان قبل تعديل الشهود خطأ منه وجب القصاص في العمد، والدية في الخطأ وقيد بالمأمور برجمه لأن المأمور بقتله قصاصاً لو قتل وجب القصاص بقتله ظهر الشهود عبيداً أو لا نص عليه الشارح في الدية.

[٣٠٤/ ب]

(**وإن رجم**) بالبناء للمفعول ليناسب قتل أي من أراد قتله، أي: المأمور بقتله وإنما رجم (**فظهروا عبيداً فديته في بيت المال**) لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه، كذا في «الهداية» وهذا يقتضي بناء رجم للفاعل يعني في كلام المصنف، كذا في «البحر» وفيه نظر إنما ضبطه الأساتذة في كلام صاحب «الهداية» بالبناء للفاعل ليرجع ضميره إلى الرجل في قوله: فضرب رجل عتقه.

قال في «غاية البيان»: ويجوز أن يبنى للمفعول أيضاً، وفيه دلالة ظاهرة على مطابقة التعليل لهما إنما الكلام على الأنسب، وأنت قد علمت أن نسبة هذا الثاني لما في «المختصر» والأول لما في «الهداية» (**وإن قال شهود الزنا: تعمدنا النظر**) إلى الفرج (**قبلت شهادتهم**) لأنه يباح لهم للحاجة لتحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة والختان ونحوهم.

ولو أنكر الإحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه رجم.

باب حد الشرب

من شرب خمراً فأخذ وريحها موجود..................................

(ولو أنكر) الزاني (الإحصان) أي: اجتماع شرائطه المتقدمة فيه كأن أنكر النكاح والدخول فيه والحرية (فشهد عليه رجل وامرأتان) وكيفية الشهادة بالدخول أن يقول: تزوج امرأة وجامعها أو باضعها، وكذا لو قالوا: دخل بها عندهما خلافاً لمحمد لأنه مشترك بين الوطء والزنا والخلوة والزيادة، وأفهم كلامه أنه تقبل فيه الشهادة على الشهادة، وعن الثاني أنه لو شهد على إقراره به شاهدان لا يحد، وفي «المحيط» تزوجها بلا ولي ودخل بها، قال الثاني: لا يكون محصناً لأن هذا النكاح غير صحيح قطعاً لاختلاف العلماء والأخبار فيه.

(أو ولدت زوجته منه) ولداً قبل الزنا وقد أنكر الدخول بها واعترف بباقي الشرائط (رجم) لأن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وهي مانعة من الزنا فلا تكون في معنى العلة لأن أدنى درجاتها أن تكون مفضية إلى المعلول، والحكم بإثبات النسب حكم بالدخول واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بأنه لو أقر بالإحصان ثم رجع عنه صح رجوعه وتقبل البينة عليه حسبة، وأجيب بأنه إنما يصح رجوعه لأنه مكذب له بخلاف الدين وصحت الحسبة به لأنه من إظهار حق الله تعالى، والمانع من شهادة النساء ليس هو هذا، والله الموفق للصواب.

باب حد الشرب

قدم حد الزنا لأن حرمته أشد لما أنه بمنزلة القتل ولذا قرن به في قوله سبحانه: ﴿والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر﴾ [الفرقان:٦٨] الآية، ثم ذكر حد الشرب وأخّرَ عنه حد القذف للتقيد بسببه بخلاف القذف لأنه قد يصدق فيه وأخّر حد السرقة وإن كان أشد لأن شرعيته لصيانة الأموال وصيانة الأنساب والعقول والأعراض مقدمة (من شرب خمراً) وهي التي من ماء العنب إذا غلا اشتد وقذف الزبد فإن لم يقذف فليس بخمر عند الإمام خلافاً لهما وبقولهما أخذ أبو حفص/ الكبير، كذا في «الخانية» [١/٣٠٥] وفيما لو خلطه بالماء فإن كان مغلوباً حدّ، وإن الماء غالباً لا يحد إلا إذا سكر.

وفي «المنية» لو قال لهم: إعلم بتحريمها حدّ (فأخذ) إلى الحاكم، (وريحها) أي: والحال أن ريحها أي: الخمر (موجود)، وفي «الهداية» موجودة وهو الحق لأن الريح من الأسماء المؤنثة سماعاً كما في «غاية البيان» كذا في «البحر» انتهى.

أو كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان أو أقر مرة حد...........

وأقول: يجوز أن يكون ذكر الخبر على معنى الشم أي وشم ريحها موجود كما قيل في قوله عليه الصلاة والسلام: «مثل المؤمن كمثل الأترجة طعمها طيب وريحها طيب»[١] إلا أن في الحديث استعارة لا تخفى (**أو كان**) أي وجد المأخوذ حال كونه (**سكران ولو**) كان سكره (**من نبيذ**) محرم من الأنبذة الأربعة، كذا في «الشرح» وهذا قولهما وقال محمد: ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو نجس أيضاً.

قالوا: وبقول محمد نأخذ، وفي طلاق «البزازية» لو سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل المختار في زماننا لزوم الحد انتهى. ولو حمل قول المصنف ولو من نبيذ على كل لكان أولى ولم يقل أخذ وريحها موجود اكتفاء بالسكر لاستلزامه ذلك (**وشهد**) عليه (**رجلان**) بالشرب بعد أن ثبت عند القاضي أن الريح قائمة حال الشهادة بأن شهدا به أيضاً أو بالشرب فقط فيأمر القاضي باستنكاهه ليخبر بوجود الرائحة، فإن زالت لبعد المسافة فلا بد من شهادتهما بالشرب أن يقولا: إخذناه وريح الخمر موجودة، وفي غير الخمر لا بدَّ أن يشهدا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر.

قال في «الخانية»: ثم يسألهم عن الخمر ما هي؟ وكيف شرب؟ ومتى شرب؟ وأين شرب؟ لجواز أن يكون مكرهاً أو شهدا مع التقادم أو أنه شرب في دار الحرب فإذا بينوا ذلك حبسه حتى يسأل عن عدالتهم انتهى. واستغنى المؤلف عن السؤال عن الخمر وعن الزمان والمكان بقوله: أخذ وريحها موجود وصرح بكونه طائعاً نعم يحتاج عن السؤال عن الزمان على قول محمد كما سيأتي، ولو اختلفا في الزمان أو شهد أحدهما أنه سكر من الخمر، والآخر أنه سكر من السكر لم يحد، كذا في «الظهيرية».

(**أو أقر**) بأنه شرب الخمر أو سكر (**مرة**) رد لقول الثاني من أنه لا بد من إقراره مرتين اعتباراً بالشهادة وفيه إيماء إلى أنه لو شهد أحدهما أنه شربه والآخر على إقراره بذلك لم يحد (**حد**) لقول ابن مسعود فيمن شرب الخمر: «ترتروه ومزمزوه ثم استنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه»[٢]. والتلتلة التحريك الشديد، والمزمزمة التحريك بعنف، والاستنكاه طلب النكهة، كذا في «المستصفى» وقال عليه الصلاة والسلام في السكران: «إن سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاضربوا عنقه بالسيف»[٣] رواه أحمد قال الترمذي: وقد كان القتل في أول الأمر ثم نسخ، وقالت الظاهرية: إنه يقتل في الرابعة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١١١)، ومسلم في صحيحه (٧٩٧).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٤٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٥٧٢)، والنسائي في سننه (٥٦٦٢)، وأحمد في مسنده (١٠٥٥٤).

إن علم شربه طوعاً وصحا فإن أقر أو شهدا بعد مضي ريحها لا لبعد المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله................

قال العيني: وما أحسن هذا في هذا الزمان، لو يفتى به (**إن علم شربه طوعاً**) بأن شهدا بذلك، ولو لم يشهد بذلك لم يقبل وخرج به ما لو كان مكرهاً أو مضطراً، ومن الشرائط أن يكون مسلماً حتى لو ارتد فشرب خمراً أو سكر من غيره فأسلم لا يحد، لأن حد السكر والخمر لا يقام على أحد من الكفار بخلاف حد الزنا والسرقة، كذا في «الظهيرية».

وفي «منية المفتي» سكر الذمي من الحرام حد في الأصح ولعل هذا هو العذر للمصنف في حذفه قيد الإسلام إلا أنه في فتاوى قارئ «الهداية» أجاب حين سئل عن الذمي إذا سكر هل يحد؟ قال: إذا شرب الخمر وسكر منه المذهب أنه لا يحد، وأفتى الحسن بأنه يحد واستحسنه بعض المشايخ لأن السكر في جميع الأديان حرام، وفيها لو سرق الذمي أو زنا فأسلم إن ثبت عليه ذلك بإقرار أو بشهادة المسلمين حد وإلا بأن ثبت بشهادة أهل الذمة لا يحد انتهى. ومنها أن يكون ناطقاً فلا حدّ على الأخرس سواء ثبت شربه بالبينة أو أشار بإشارة معهودة للشبهة، كما في «الخانية» وأما كونه مكلفاً فلا يخص حد الشرب (**وصحا**) من سكره هذا شرط لوجود الحد ليفيد الضرب فائدته.

قال العيني: وهو ظاهر في أنه لو حد في حال سكره لا يكتفى به لعدم فائدته (**وإن أقر**) بالشرب أو السكر (**أو شهدا**) عليه بذلك يعني (**بعد مضي ريحها**) أي: ريح المسكر (**لا لبعد المسافة**) قيد بذلك لأن التأخير لو كان لعذر البعد وشهدا كما مر حد (**أو وجد منه رائحة الخمر**) ولم يثبت شربه كما مر (**أو تقيأها**) أي: الخمر (**أو رجع**) المقر بالسكر أو شرب الخمر (**عما أقر**) به (**أو أقر**) وهو (**سكران**) وفسره بقوله (**بأن زال/ عقله**) بحيث لا يميز الأنثى من الذكر ولا السماء من الأرض، وهذا عند الإمام وقالا: هو الذي يهذي ويخلط كلامه غالباً وبه أفتى المشايخ كما في «الخانية». [٣٠٥/ب]

واتفق أئمة بلخ على أنه يستقرأ سورة من القرآن فإن قرأها فليس بسكران فيعتبر إقراره، حتى حكى أمير بلخ أتاه الشرطي بسكران فأمره بقراءة: ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ فقال للأمير: اقرأ أنت الفاتحة أولاً فلما قرأ ﴿الحمد لله رب العالمين﴾ قال: قف فقد أخطأت مرتين تركت التعوذ والتسمية وهي آية من الفاتحة عند بعض العلماء، فخجل وضرب الشرطي قائلاً أمرتك أن تأتيني بالسكران فجئتني بمقرئ بلخ، كذا في «الظهيرية».

وأصل ما روى بشر عن أبي يوسف من اعتبار السكر بقراءة ﴿قل يا أيها

لا..

الكافرون﴾ قال بشر: فقلت له كيف أمرت بها من بين السور؟ فربما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال: لأن الله سبحانه وتعالى بين أن الذي عجز عن قراءتها سكران يعني بذلك ما في الترمذي عن علي «صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً وسقانا خمراً فأخذت الخمرة بنا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت يا أيها الكافرون أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون»[1] فنزلت ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾[النساء:٤٣] ولا شك أن المراد لمن يحفظ القرآن أو كان حفظها مما حفظ منه لا من لم يدرِ شيئاً أصلاً ولا ينبغي أن يعول على هذا بل ولا يعتبر فإنه طريق سماع تبديل كلام الله تعالى فإنه ليس كل سكران إذا أمر بقراءتها يقول: لا أحسنها بل يندفع قارئاً فيبدل إلى الكفر ولا ينبغي أن يلزم أحد بطريق ذكر ما هو كفر وإن لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريق الإقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فإن معرفة السكر له طريق معلوم هي ما ذكرنا في «الفتح» ملخصاً (لا) أي: لا يحد في هذه الصور، أما إذا ثبت عليه بعد زوال الرائحة فللتقادم إذ هو مقدر بزوال الرائحة عندهما، وقدره محمد بشهر حيث ثبت بالبينة وإن أقر به صح عنده مطلقاً اعتباراً بحد الزنا.

وانتصر في «فتح القدير» لمحمد قال: وهو الصحيح، وفي «غاية البيان» الصحيح عندي في الإقرار قول محمد: وأما إذا وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها فلأن الرائحة محتملة فلا يثبت مع الاحتمال ما يندرئ بالشبهات، وكذا الشرب قد يكون عن إكراه فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب، وأما إذا رجع الإقرار فلأنه خالص حق الله تعالى فيقبل حق الرجوع فيه كسائر الحدود، وأما إذا أقر وهو سكران فلأنه يحتمل الكذب فيحتال لدرئه ودل كلامه أن إقراره حال السكر بالحدود الخالصة غير صحيح، أما غير الخالصة كحد القذف فيصح، وعرف من هذا أن إقراره بحقوق العباد الخالصة كالقصاص والأموال والطلاق والعتاق صحيح بالأولى، ولهذا لو أقر بالسرقة أخذ منه المال ولم يقطع وقالوا: إن ارتداده غير صحيح لأنه من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر.

قال في «الفتح»: هذا في حق الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكراً لمعناه كفر وإلا فلا انتهى. وهذا يشكل على تفسير الإمام السكران بزائل العقل وجوابه ما صرح به بعد من أن هذا في السكران الذي لم

---

(١) أخرجه الطبري في تفسيره (٥/٩٥)، والترمذي في سننه (٣٠٢٦).

وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطاً..................

يصل إلى إفضاء السكر إذا تكلم بما هو كفر فإن كان عن غير قصد فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وإن كان مدركاً لها قاصداً مستحضراً معناها فإنه كافر عند الله بطريق تكفير إذ الهازل وإن لم يحكم بكفره في القضاء لأن القاضي لا يدري من حاله إلا أنه سكران ولا يحكم بكفره ولو أسلم.

قال الشارح: ينبغي أن يصح كإسلام المكره وجزم في «فتح القدير» بأنه لا يصح هذا إذا سكر من محرم فإذا سكر من مباح كما إذا شرب من المتحد من الحبوب والعسل والدواء أو كان مضطراً أو مكرهاً فتصرفاته غير صحيحة، وفي «الخانية» لو زال عقله بالبنج فطلق لا يقع طلاقه هو الصحيح سواء علم حين تناوله أنه بنج أو لا.

قال في «البحر»: وهذا يدل على أن البنج حلال انتهى. والتحقيق ما في «العناية» أن المسكر منه حرام نص عليه المحبوبي، **(وحد السُّكْر)** بضم السين وسكون الكاف، كذا في السماع لا بفتحتين وهو: عصير الرطب إذا اشتد، وقيل: كل شراب أسكر ولا بدع في ضبط ما في «الكتاب» بفتحتين بل هو/ المناسب [٣٠٦/١] لقوله: **(والخمر)** كما لا يخفى.

ثم رأيت الحدادي قال في قول القدوري: وحد الخمر والسكر من النبيذ في الحر ثمانون سوطاً يجوز في السكر ضم السين وفتحها مع تسكين الكاف وبفتح السين وتحريك الكاف فإذا قال: بفتحتين يكون فيه قصور، وإن قال بالسكون وضم السين يكون حد الخمر بمجرد الشرب وحد سائر الأشربة بعد حصول السكر انتهى. ووجه القصور أنه يقتضي وجوب الحد لمجرد الشرب كما الخمر، وجوابه أن هذا مدفوع بما قدمه في أول الباب من أنه لا يحد من الأنبذة إلا بالسكر - والله الموفق - **(ولو شرب قطرة ثمانون سوطاً)** بإجماع الصحابة وهذا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يسن فيه عدداً معيناً بل القطع بأنه أمر بضربه ثم قدره الشيخان بأربعين ثم اتفقوا على ثمانين وجاز لهم ذلك مع أنه عليه الصلاة والسلام أُتي له برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الأربعين[1] ولم يزد لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه، ثم رأوا أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٦)، والترمذي في سننه (١٤٤٣).

وللعبد نصفه وفرق على بدنه كحد الزنا.

باب حد القذف

هو كحد الشرب كمية..

(وللعبد نصفه) لرواية «الموطأ»: «أن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر جلدوا عبيدهم نصف الحد في الخمر»[١].

(وفرق) الضرب (على بدنه كحد الزنا) لأن تكراره في موضع واحد قد يفضي إلى التلف، والحد إنما شرع زاجراً فقط، وفيه إيماء إلى أنه يتقي الرأس والوجه والفرج. (وأن يضرب بسوط لا ثمرة له) مع نزع ثيابه في المشهور من الرواية إلا الإزار، وعن محمد أنه لا يجرد. وقال في «غاية البيان»: وهو الأصح عندي لعدم ورود النص بذلك قال: ولا يجرد في حد القذف يعني اتفاقاً إلا الفرو والحشو. وفي «البحر»: إنه يجرد في التغرير والله الموفق.

باب حد القذف

هو لغة الرمي مطلقاً وشرعاً الرمي بالزنا وهو من الكبائر بإجماع الأئمة، كذا في «الفتح» و«الدراية» والأولى ما في «العناية» بأنه نسبة المحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة إذ الإجماع إنما هو في المحصن فقد قال الحليمي من الشافعية: قذف الصغيرة والمملوكة والحرة المتهتكة من الصغائر، لأن الإيذاء في قذفهن دونه في الحرة الكبيرة المستترة بل قال ابن عبد السلام منهم: الظاهر أن قذف المحصن في خلوته بحيث لا يسمعه إلا الله سبحانه وتعالى والحفظة ليس بكبيرة موجبة للحد لانتفاء المفسدة وخالفه البلقيني قال: بل الظاهر أنها كبيرة موجبة للحد فطاماً عن هذه المفسدة، والظاهر قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ [النور: ٤] الآية وهذا رمي لمحصنة وقوله عليه الصلاة والسلام: «اجتنبوا الموبقات وعد منها قذف المحصنات»[٢]، وهكذا استدل في «فتح القدير» للإجماع وهو مؤيد لما قاله البلقيني.

وما في «البحر» من أن قواعدنا لا تأبى مقالة ابن عبد السلام مدفوع (وهو كحد الشرب كمية) أي: من حيث الكمية، أي: العدد وهو ثمانون سوطاً للحر ونصفها

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٥٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦١٥)، ومسلم في صحيحه (٨٩).

وثبوتاً فلو قذف محصناً أو محصنة بزنا.........................

للعبد (**وثبوتاً**) فلا يثبت إلا بشهادة عدلين أو بالإقرار، ولا تقبل فيه شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي فإن لم يعرف عدالتهما حبسه القاضي حتى يسأل عنهما، وكذا لو أقام شاهداً واحداً عدلاً وادعى أن الثاني في المصر حبسه يومين أو ثلاثة، ولو زعم أن له بينة في المصر حبسه إلى آخر المجلس.

قالوا: والمراد بالحبس في الأولين حقيقته وفي الثالث الملازمة ولا يأخذ منه كفيلاً بنفسه إلى المجلس الثاني، وقال أبو يوسف: يأخذه ولو شهدا أنه قذفه سألهما القاضي عن القذف ما هو؟ وكيف هو؟ فإن لم يزيدا على ذلك لا تقبل إلا إذا شهد أنه قال له: يا زاني فإنها تقبل ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس، والآخر أنه قذفه يوم الجمعة قبلت عند الإمام وقالا: لا تقبل ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس والآخر أقر بقذفه في ذلك اليوم لم يحد في قولهم، ولو اختلف في مكانه حد في قول الإمام كالزمان، وقال الثاني: لا يحد، كذا في «التاتارخانية».

[٣٠٦/ب] ولو اختلفا في اللغة التي وقع القذف بها بطلت شهادتهم، (**فلو قذف محصناً**) / بأي لسان كان وفيه إيماء إلى أنه يشترط عجز القاذف عن إثبات ما رماه به حتى لو أثبته بأن أقام أربعة شهدوا على زنى المقذوف ولو في حال حد على أحد الروايات فلا حد على القاذف لخروج المقذوف عن كونه محصناً، وكذا لو صدقه وهل يحد المقذوف إن شهدوا بحد متقادم؟ لم يحد وإلا حد ولو أقامها بعدما حد، قال الكرخي: تقبل إذا الضرب الذي ليس بحد لا يمنع قبولها.

وفي «شرح القاضي» ابن أبي عوف لا تقبل فيحمل أن يكون فيه روايات أو اختلاف المشايخ، كذا في «السراج» ولا بد أن يكون المقذوف ناطقاً فلا حد بقذف الأخرس، وكذا لو خرس قبل الحد أو ارتد أو زنا أو وطء حراماً للشبهة في النوع الأول، وزوال الإحصان في الثاني، كذا في «التاتارخانية»، وأن يكون ممن يتصور منه الزنا فلو كان مجبوباً أو خصياً أو كانت رتقاء أو قرناء فلا حد على القاذف أيضاً، وأن لا يكون المقذوف ولداً ولا ولد ولد ولا مملوكاً للقاذف كما سيأتي، والآية وإن كانت في المحصنة لكنها تتناول المحصن دلالة يجامع دفع العار وعليه الإجماع قيد بذلك لأنه لو قذف غيرها لم يحد ومنه ما لو قذف خنثى بلغ مشكلاً نص عليه في «السراجية» ووجهه أن نكاحه موقوف وهو لا يفيد الحد (**بزنا**) أي: بصريحه كزنيت أو يا زاني وفي أنت أزنى الناس أو من فلان خلاف ففي «المبسوط» لا حد عليه إذ معناه أنت أقدر الناس على الزنا وجزم قاضي خان بوجوبه، وكذا في أنت أزنى مني فجزم في «الظهيرية» بوجوبه وفي «الخانية» بأنه لا يجب كما لو قال: ما رأيت زانية خيراً منك.

حد بطلبه مفرقاً ولا ينزع غير الفرو والحشو وإحصانه بكونه مكلفاً...............

ولو قال لرجل: يا زانية لا يحد في قولهما وقال محمد: يحد، وأجمعوا أنه لو قال لامرأة يا زاني حد ولو قال: قل لفلان يا زاني لم يحد الآمر، وأما المأمور فإن قال له يا زاني حد لا إن قال له إن فلاناً يقول لك يا زاني، ولو قال أخبرت أنك زانٍ لم يكن قذفاً، ولو قال لرجلين أحدكما زان فقيل له هذا فقال لا، لا حد عليه لأن أصل القذف لم يقع موجباً ولو قال لجماعة: كلكم زان إلا واحداً وجب الحد، ولو قال لها: زنيت بحمار أو بعير أو ثور لم يحد لأن الزنا إدخال ذكره في قبل مشتهاة إلى آخره بخلاف ما لو قال زنيت بناقة أو أتان أو دراهم لأن معناه زنيت وأخذت البدل إذ لا تصلح المذكورات للإدخال في فرجها ولو قبل هذا الرجل لا يحد لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال.

واعلم أن حضور المقذوف مجلس القذف غير شرط نص عليه في «المضمرات»، قال ملا خسرو: ولا بد من حفظه لكثرة وقوعه (**حد بطلبه**) لأن حقه من حيث دفع العار عنه ولا يعلم منه خلاف، كذا في «الدراية» وفيه إيماء إلى أن قذف الأخرس لا يوجب الحد وقد مر وهل يعذر في مطالبة القاذف فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان غير عفيف في السر؟ قال في «القنية»: يعذر قال رضي الله تعالى عنه: وفيه نظر لأنه إذا كان زانياً لم يكن قذفه موجباً للحد فكيف يعذر؟ انتهى، ويؤيده أن دفع العار مجوز لا ملزم وإلا لامتنع عفوه عنه وأجبر على الدعوى وهو خلاف الواقع ضرباً (**مفرقاً**) على أعضائه، كما مر في الشرب (**ولا ينزع عنه**) أي: عن القاذف عند حده (**غير الفرو والحشو**) أي: الثوب المحشو لأنهما يمنعان وصول الألم، ومقتضى هذا أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه إن كان فوق قميص نزع لأنه يصير مع القميص كالحشو أو قريباً منه، كذا في «الفتح».

وفي الكرخي إذا كان عليه قميص أو جبة مبطنة ضرب على ذلك حد القذف ويلقى عنه الرداء، كذا في «السراج» أما غيرهما فلا ينزع إظهاراً للتخفيف لاحتمال صدق القاذف بخلاف حد الزنا والشرب، ولما كان معنى الإحصان هنا مغايراً لمعنى الإحصان في الزنا مبهماً بيّنه بقوله: (**وإحصانه**) أي: المقذوف (**بكونه مكلفاً**) أي: بالغاً عاقلاً يخرج الصبي والمجنون لأنه لا يلحقهما عار بنسبتهما إلى الزنا لعدم خطابهما بالحرمات، ولو فرض لحوق عار المراهق فليس عاراً على الكمال فيندرئ، كذا في «الفتح» وهذا صريح في أنه لو ادعى البلوغ بعد قذفه مراهقاً بالاحتلام أو بالسن لم يحد قاذفه وبه صرح في «الظهيرية» وكذا لو كانت مراهقة إذ لا فرق.

قال في «الفتح»: ويثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين وبعلم القاضي ولا

حراً مسلماً عفيفاً عن زنا فلو قال لغيره: لست لأبيك أو لست بابن فلان في غضب حد....

يحلف القاذف لا يعلم أن القاذف محصن (**حراً**) خرج العبد ولو مدبراً أو مكاتباً، ولفظ الإحصان ينتظم الحرية/ قال تعالى: ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] أي: من الحرائر وكونه محصناً بمعنى آخر كالإسلام وغيره يوجب كونه محصناً من وجه دون وجه وذلك شبهة، ولو أنكر القاذف حرية المقذوف فلا بد من إقراره أو البيّنة بها ولو أنكر حرية نفسه فالقول له، كذا في «الخانية» فيحتاج المقذوف إلى إثباتها (**مسلماً**) لأنه أطلق بمعنى الإسلام في قوله: فإذا أحصن، قال ابن مسعود: أسلمن وفي الخبر: «من أشرك بالله فليس بمحصن عفيف عن الزنا»[١] لأن غير العفيف لا يلحقه العار وهو من لم يكن وطء امرأة بالزنا ولا بالشبهة ولا بنكاح فاسد فإن فعل ذلك مرة لا حد على قاذفه، وكذا لو وطء التي حرمتها مؤبدة كأمته التي هي أخته من الرضاع، وإن كانت غير مؤبدة كأمته المجوسية لا يسقط إحصانه كذا في «شرح الطحاوي». [١/٣٠٧]

وفي «كافي الحاكم» كل شيء اختلف فيه الفقهاء حرمه بعضهم وأحله بعضهم فإني أحد قاذفه وفيه قال أبو يوسف: كل من درأت الحد عنه وجعلت عليه المهر وأثبت نسب الولد منه فإني أحد قاذفه، ويشكل على الكلية الثانية ما لو وطء الأمة المشتركة فإنه لا يحد لأن الإحصان كما يزول من كل وجه يزول بالزنا من وجه والعفة أعم من أن يطأ بنكاح صحيح أم لا، وبهذا التعميم يمتاز عن إحصان الزنا (**فلو قال لغيره: لست لأبيك أو لست ابن فلان**) لأبيه الذي يدعى له أو لست من ولد فلان أو لست من بني فلان (**في غضب**) قيد في المسألتين (**حد**) إن كانت محصنة لأن المقذوف في الصورتين إنما هو الأم والمعتبر إحصان المقذوف لا إحصان من يطلب الحد صرح به في «المبسوط» وهذا لأن نفي نسبه من أبيه يستلزم كونه زانياً فلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا ولذا لو قال: ولا من فلانة لا يحد وأورد أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد، وأجيب بأن المراد أنك لست لأبيك الذي ولدت من مائه وهذا يستلزم كون أبيه زانياً فلزم أن أمه زنت معه ولا يخفى أنه غير لازم لجواز كونه زنا بها مكرهة أو نائمة، والحق أن وجوب الحد إنما هو استحسان لأثر ابن مسعود أنه قال: «لا حد إلا في قذف محصنة أو بنفي رجل عن أبيه»[٢] وحمل على حالة الغضب

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٢١٦)، (١٦٧١٤)، بلفظ: «من أشرك بالله فليس بمحصن».
(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/٤٢٣) رقم (١٣٧١٥).

وفي غيره لا كنفيه عن جده........................

لأنه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس من التخصيص في شيء إذ ليس قذفاً وإنما يكون تخصيصاً أن لو كان قذفاً (**وفي غيره**) أي: الغضب (**لا**) أي: لا يحد لأن النفي حينئذ مجاز من نفي المشابهة في محاسن الأخلاق قيد النفي بما ذكر لأنه لو قال: لست لآدمي أو لإنسان لا يحد كقوله لست من أولاد فلان، واعلم أنه في «الهداية» قيد بالغضب في الثانية دون الأولى، وحمل الشارحون إطلاقه على التقييد.

قال في «البحر»: وهو بعيد لما صرح به الحاكم في «الكافي» حيث قال: وإن قال لرجل: يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا أو لست لأبيك وأمه حرة مسلمة فعليه الحد بلغنا عن عبد الله بن مسعود وذكر الأثر المتقدم فسوى بين الألفاظ الثلاثة، وقد صرح في «فتح القدير» بأنه في اللفظين الأولين لا يأتي التفضيل يعني بين الغضب والرضى بل يحد البتة فكذا، لو قال: لست لأبيك لأنهم صرحوا أنه بمعنى أن أمك زانية أو زنت ولا يراد به المعاتبة حالة الرضى لأنه لم يعين أباً مخصوصاً حتى ينفي أن يكون على خلافه، ثم رأيت التصريح بذلك في «الخانية» قال لرجل: لست لأبيك عن أبي يوسف أنه قذف كان ذلك في غضب أو رضا، ولو قال: ليس هذا أباك لابنه المعروف فإن كان في حالة الرضا أو على وجه الاستفهام لا يكون قذفاً، وإن كان في غضب أو على وجه التعبير كان قذفاً انتهى.

وأقول: ما جرى عليه شراح «الهداية» وأكثر المتأخرين من التقييد بالغضب هو المذهب لما قدمناه مع أنه مع الرضا ليس قذفاً وكيف يحد بما ليس قذفاً وبه يضعف ما عن الثاني وكأن هذه الرواية شاذة عنه، ولذا ذكر في وسط «المحيط» عنه أنه قذف في حالة الغضب دون الرضا وما في «الكافي» لا دلالة فيه لما ادعاه بوجه مع استدلاله في النفي بالأثر، وقد علمت أنه محمول/ على حالة الغضب والفرق بينه [٣٠٧/ ب] وبين قوله يا ولد الزنا أظهر من الشمس وقت الضحى لأنه لا يحتمل غير القذف فاستوت الحالتان فيه بخلاف النفي ثم رأيته في «عقد الفوائد» قال: التفضيل هو ظاهر المذهب والاعتماد عليه دون ما يقع سواه مخالفاً له.

وفي «التاتارخانية» عن أبي يوسف يا فرج الزنا يا بيض الزنا يا حمل الزنا يا سخل الزنا قذف يوصف الولد به ولو قال كبش الزنا لا يحد، وفي «الجوهرة» لو قال: لست ولد حلال كان قذفاً، وفي «ابن وهبان» عن بعضهم قال: إمي ليست بزانية حال التخاصم حد لكن المسطور في «الخانية» استبا فقال أحدهما: لا أنا بزان ولا أمي بزانية لا حدّ عليه وذكره في موضع آخر، لو قال لغيره: إما أنا فلست بزان لا حد عليه عندنا (**كنفيه**) أي: لا يحد بنفيه، (**عن جده**) في حالة الغضب لأنه صادق في قوله

وقوله لعربي: يا نبطي أو ابن ماء السماء ونسبته إلى عمه أو خاله ورابه ولو قال: يا ابن الزانية وأمه ميتة فطلب الوالد أو الولد أو ولده حد.........

لست بابن فلان أي لست مخلوقاً من مائه، كذا قالوا وفيه بحث لأن هذا وإن كان معناه الحقيقي لكن له معنى حقيقي آخر هو نفي كونه أباً أعلى له وهو صادق بصورتين نفي كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته أو جاءت به لشبهته وحالة الغضب تعين أن يكون قذفاً لجدته إذ لا معنى لإخباره في تلك الحالة أنك لم تخلق من ماء جدك، وأشار المصنف إلى أنه لو نسبه إلى جده فلا حد أيضاً لأنه ينسب إليه مجازاً متعارفاً كابن مالك ونحوه.

(**وقوله لعربي: يا نبطي**) بفتح الموحدة كما في «القاموس» نسبة إلى النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطي، وعن ابن الأعرابي رجل نباطي ولا يقال نبطي، كذا في «المغرب» لأن العرف في مثله أن يراد نفي المشابهة في الأخلاق أو عدم الفصاحة، وأما قذف أمه أو جدة من جداته لأبيه فلا يخطر بالبال فلذا لم يفصلوا فيه بين الغضب والرضى نعم ينبغي في الغضب أن يعزر به لأن النسبة إلى الأخلاق الدنيئة يجعل شتماً في الغضب ويؤيده ما في «المبسوط» لو قال له: لست بهاشمي عزر وعلى هذا لو نسبه لغير قبيلته أو نفاه عنها (و) قوله لغيره: (**يا ابن ماء السماء**) مع أن ظاهره نفي كونه ابناً لأبيه لأنه في العرف يذكر لقصد المدح ولذا لقب به عامر بن حارثة لأنه كان يقيم ماله مقام القطر في الحفظ فهو كماء السماء جوداً، قال في «إيضاح الإصلاح»: وفيه نظر لأن حالة الغضب تأبى عن هذا القصد، وجوابه أنا فالتزمه فنجعله سباً بنفي الشجاعة والسخاء عنه في هذه الحالة، أمّا كونه نفياً موجباً للحد فلا إذا لم يعهد استعماله لذلك القصد.

قال في «الفتح»: وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعني وهو معروف يحدّ في حال السباب بخلاف ما إذا لم يكن، (و) كذا لا يحد (**بنسبته إلى عمه وخاله ورابّه**) بتشديد الباء الذي رباه لأن كل واحد منهم يسمى أباً قال تعالى: ﴿وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾ [البقرة:١٣٣] وإسماعيل كان عماً ليعقوب، وأخرج الديلمي في «الفردوس» عن ابن عمرو مرفوعاً: «الخال والد من لا والد له»[1] وكذا المربي دون زوج الأم كما في «الهداية» لأن العبرة إنما هو للمربي حتى لو نسبه إليه ولم يكن زوجاً لأمه وجب أن لا يحد كما في «الشرح»، (**ولو قال**) لرجل: (**يا ابن الزانية و**) الحال أنه (**أمه ميتة**)، وكذا له يا ابن الزاني وأبوه ميت (**فطلب الوالد والولد أو ولده حداً**) أي: طلب أصوله أو فروعه.

---

(١) ذكره الديلمي في الفردوس (٢/٢٠٧) رقم (٣٠٢٦).

ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه ويبطل بموت المقذوف......................

قال في «التاتارخانية»: ثم إذا قذف ميتاً فولاية الطلب لابن المقذوف ولأمه ولجده أب الأب وإن علا ولأولاده ذكراً كان أو أنثى ولأولاد أولاده من قبل الرجال الأقرب والأبعد سواء ولا تثبت المطالبة لولد البنت انتهى. ولا فرق في الأصل والفرع بين كونه كافراً أو عبداً إلا أن إطلاق المصنف يعم ولد البنت وهو ظاهر الرواية كما في «الخانية» وفيها، لو قال: جدك زان لا حد عليه وعلّله في «الظهيرية» بأنه لا يدري أي جد هو وهو معنى ما في «الفتح» من أنه لا يحد للإبهام لأن في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفاً ما لم يعين مسلماً قيد بالأصول والفروع لأن الطلب لا يثبت لأم الأم ولا للأخ ولا للعم ولا للعمة ولا لمولاه.

وما في «الفتح» عن «الخانية» منه أنه لا يثبت أيضاً لجد أب الأب فتحريف، والصواب الأم لما قد علمت وأفاد بأو أن للفروع/ المطالبة مع وجود أصله ولو عفا [٣٠٨/أ] البعض أو صدق القاذف كان لمن بقي حق الخصومة (**ولا يطلب ولد**) أي: فرع وإن سفل، (**وعبد أباه**) أي: إصله ذكراً كان أو أنثى فدخلت أمه وجدته وإن علت، وكذا جده وإن علا (**وسيده بقذف أمه**) المحصنة إذا قذفها ميتة لأنهما يعاقبان بسببهما، وهذا لأن القصاص المتيقن سببه سقط بقتلهما فالحد الذي لم يتيقن سببه أولى.

واعلم أن المسطور في كتب الشافعية أنه مع سقوط الحد عنه يعزر ثم رأيت في «القنية» ما يفيد أنه كذلك عندنا حيث قال: ولو قال لآخر: يا حرام زاده لا يجب عليه حد القذف، وقد كنت كتبت أنه لو قال ذلك لولده يجب التعزير انتهى. ووجهه إفادته أنه إذا كان التعزير يجب بالسب فالقذف أولى فما في «البحر» في النفس من التعزير شيء لأنه إذا كان القذف لا يوجب شيئاً فالشتم أولى ممنوع قيد بكونه أباً له لأنه لو كان لها ولدان أحدهما ابن لغيره كان له حق المطالبة كأبيها (**وبطل**) حد القذف (**بموت المقذوف**) لأنه لا يورث، وكذا لو مات بعد إقامة بعضه نظراً لا أنه حق الله تعالى إلا أنه شرع زاجراً لإخلاء العالم عن الفساد ولذا يباح بالإباحة ولا يتغلب مالا عند سقوطه ويتصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل ويشترط الإحسان ولا كلام أن فيه حق العبد أيضاً فشرطنا الدعوى فيه.

وقلنا: إنّه لا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع فيه عن الإقرار، إذ المغلب حق الله تعالى عندنا، ورجح أبو اليسر أن المغلب حق العبد والأول أظهر، وأعترض بأن من الأحكام ما ينافي الحقين جميعاً من سقوطه بموت المقذوف وشيء

لا بالرجوع والعفو ولو قال زنأت في الجبل وعنى الصعود حد ولو قال: يا زاني وعكس حدا

من الحقين لا يسقط به وأجيب بأنّا لا نقول: إنّه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فإن الشرط خصومة المقذوف ولا تحقق فيه الخصومة بعد موته، كذا في «العناية» وفيه نظر إذ لو صح هذا لبطل قولهم: إنه يبطل بموت المقذوف وهذا لأنه لا معنى لعدم سقوطه (**لا**) يبطل (**بالرجوع**) عن الإقرار نظراً إلى أنه حق العبد، (**و**) قد مر أنه لا يبطل أيضاً بإباء (**العفو**) نظراً إلى أنه حق الله تعالى، ومعنى عدم بطلانه به أنه لو عاد وطلب يقام الحد عليه وليس للإمام أن يستوفيه بعد العفو بدون الطلب كما في «المبسوط».

وعليه يحمل ما في «الفتح» من أنه لو عفا المقذوف عن القاذف بعد ثبوت القذف والإحصان لا يصح عفوه ويحد عندنا، وفي «الشامل» لا يصح عفو المقذوف إلا أن يقول لم يقذفني أو كذب شهودي إلا أن خصومته شرط، وعند الثاني يصح العفو (**ولو قال**) لغيره: (**زنأت في الجبل**) بالهمز (**وعنى**) أي: قصد (**الصعود**) عليه (**حد**) عندهما ولم يصدق وقال محمد: يصدق لأن الهمز منه للصعود حقيقة وذكر الجبل بقراره مراداً ولهما أنه يستعمل في الفاحشة لأن من العرب من يهمز حرف اللين في غير التقاء على حده كدابة شاذ، وحالة الغضب تعين ذلك مراداً وهذا التقدير يفيد أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب تعين أحد المحتملين عندهما، وعند محمد هو حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لأن المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلاله بالفهم ولأن الحد يحتال لدرئه هذا حاصل ما في «العناية».

وأجاب في «الحواشي السعدية»: بأن هذا مسلم إذا لم يقم دليل على الاشتراك وقد قام هنا لما قدمناه من أن من العرب من يهمز حرف اللين، وقوله: وذكر الجبل يقرره ممنوع بأن الفاحشة قد تقع فيه، أي: في بعض بطونه وترجح إرادتها بقرينة الغضب، ولو قال: على الجبل قيل لا يحد وهو الذي جزم به في «المبسوط».

قال في «الفتح»: وهو الأوجه لأن حالة الغضب تعين تلك الإرادة وكونها فوقه وتعين الصعود مسلم في غير حالة السباب قيد بالهمز لأنه لو أتى بالياء المثناة حد اتفاقاً، وبالجبل لأنه لو حذفه حد اتفاقاً أيضاً، كما أفاده في «غاية البيان» وجزم به في «المعراج» وبهذا التعزير علمت أن إطلاق المصنف مقيد بحالة الغضب فلا يجب في/ حالة الرضى يعني اتفاقاً، (**و لو قال: يا زاني وعكس**)، بأن قال لا بل أنت (**حدا**) [٣٠٨/ب] لأن كل واحد منهما قذف صاحبه فيحد بطلبه ولا يلتقيان قصاصاً لما مر من أن الغالب في حد القذف حق الله تعالى قيد بحد القذف لأنه لو قال له: يا خبيث بل أنت تكافيا ولا يعزران كل واحد وجب له على صاحبه مثل ما وجب للآخر عليه.

ولو قال لامرأته: يا زانية وعكست حدت ولا لعان ولو قالت: زنيت بك بطلا وإن أقر بولد ثم نفاه لاعن ....

فإن قلت: لو ضرب كل منهما صاحبه عزرا وبدأ بالبادي كما في «القنية»، ولو تشاتما بين يدي القاضي عزرهما فهل لا يلتقيا قصاصاً؟ قلت: لم يلتقيا هنا لتفاوت الجنايتين في الضرب بخلاف السب، وأما بين يدي القاضي فلهتك حرمة الشرع ورأيت بخط الشيخ الأخ رحمه الله تعالى عن «الخلاصة» قال المقضي عليه للقاضي: أخذت رشوة من خصمي وقضيت علي، يعزره القاضي.

قال ابن وهبان: هذا يستثنى من قولهم أن القاضي لا يقضي لنفسه انتهى. وقد يقال: لا استثناء لأن من أساء الأدب في حق القاضي فقد أساء الأدب على الشرع، فتعزير القاضي له لأجل حق الشرع لا لنفسه ولهذا قالوا: يعزره ولم يقولوا إن شاء انتهى.

وأقول: فيه نظر فقد صرحوا بأنه له أن يعفو عنه كما نقله ابن الغرس في «فوائده» ولو كان لمحض الشرع لما ساغ عفوه وفي «جامع الفصولين» ولو تشاتما بين يديه كان له تعزيرهما صيانة لمجلس الشرع انتهى. بقي هل له العفو عنهما؟ لم أرَ المسألة في كلامهم والظاهر لا بخلاف قوله أخذت الرشوة من خصمي، والفرق بيِّن فتدبره، وسيأتي أن التعزير كما يكون حقاً للعبد يكون حقاً لله تعالى (**ولو قال لامرأته: يا زانية وعكست**) كما مر (**حدت**) المرأة (**ولا لعان**)، والأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالاً للدرء واللعان قائم مقام الحد فتقديم حق المرأة يبطل اللعان لأنها تصير محدودة في قذف، وتقديم اللعان لا يسقط حد القذف لأنه لا يجري على الملاعنة وعن هذا قلنا: لو قال لها: يا زانية بنت الزانية فخاصمته الأم فحد سقط اللعان.

(**ولو قالت**) في جواب قوله يا زانية (**زنيت بك بطلا**) أي: الحد واللعان لأنه يحتمل أنها أرادت به ما قبل النكاح فتحد في قذفها ولا لعان لتصديقها إيّاه أو ما كان معه بعد النكاح وأطلقت عليه زنا للمشاكلة فيجب اللعان دون الحد والحكم بتعيين أحدهما بعينه متعذر فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد بالشك حتى لو زال الشك بأن قالت قبل أن أتزوجك أو كانت أجنبية حدت فقط، وهو ظاهر ولو ابتدأت الزوجة ثم قال لها: يا زانية، فالحكم كذلك للمعنى الذي ذكرناه ودخول هذا في الإطلاق كما في «البحر» خلاف الظاهر وما نقلناه جرى عليه الشارح تبعاً لشراح «الهداية» قيد بالخطاب لأنها لو قالت: إنت أزنى مني حد الرجل فقط كما في «الخانية»، (**وإن أقر**) الزوج (**بولد ثم نفاه لاعن**)، لأن النسب لزمه

وإن عكس حد والولد له فيهما ولو قال: ليس بابني ولا بابنك بطلا ومن قذف امرأة لم يدر أبو ولدها أو لاعنت بولد أو رجلاً وطئ في غير ملكه أو أمة مشتركة أو مسلماً زنى في كفره أو مكاتباً مات عن وفاء لا يحد ....

بإقراره وبالنفي بعد صار قاذفاً لزوجته فيلاعن **(وإن عكس)** بأن نفاه أولاً ثم أقر به قبل اللعان **(حد)** لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفي الولد لأنه ضروري صير إليه ضرورة التكاذب بين الزوجين فكان خلفاً عن الحد فإذا بطل صير إلى الأصل **(والولد له فيهما)** أي: في الصورتين، أما في الثانية فظاهر.

وأما في الأولى فلأن سبب اللعان وإن كان هو النفي إلا أن قطع النسب من ضرورة اللعان ينفي الولد. ألا ترى أنه لو نفاه بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة فإنه يلاعن ولا يقطع النسب، **(ولو قال: ليس)** هذا الولد **(بابني ولا ابنك بطلا)** أي: الحد واللعان لأنه أنكر الولادة وبذلك لا يصير قاذفاً، **(ومن قذف امرأة)** معها ولد في بلد القذف **(لم يدرِ)** أي: لم يعلم **(أبو ولدها)** حال القذف أو وجد ومات قبله شروع في مسائل لا حد فيها هذه أولاها، والثانية ما أشار إليه بقوله: **(أو لاعنت بولد)** نفاه الزوج وقطع القاضي نسبه عنه وألحقه بأمه لأن ولادة الزنا منها وهي ولادة ولد الأب له قائمة فانتفت عتقها قيد بكون اللعان بولد لأنه لو كان بغير حد قاذفها وهو وإن كان قائماً مقام حد القذف في حقها وبه تسقط عتقها لكنه قام مقام حد القذف في حقه/ [٣٠٩/أ] وبالنظر إلى هذا تكون محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا كذا في «العناية».

(أو) قذف **(رجلاً وطء امرأة في غير ملكه)** أي: وطئاً حراماً لعينه من كل وجه فإن كانت أجنبية أو مكرهة، أو من وجه كما أفاده بقوله: **(أو أمة مشتركة)** بينه وبين غيره، وبقي ما لو كانت الحرمة مؤبدة كوطء أمته التي حرمت عليه بالرضاع أو بالمصاهرة بشرط أن يكون ثبوتها بالإجماع أو بخبر مشهور عند الإمام وإنما لا يحد لسقوط عتقه بذلك ومن الحرام لعينه جارية ابنه والمنكوحة فاسداً والأمة المستحقة، وكذا لو وطء محارمه بنكاح أو جمع بينهن أو أمة تزوجها على حرة، ولو نظر إلى فرج امرأة أو لمسها بشهوة ثم أمها أو ابنتها، أو اشتراها فوطئها لا يسقط إحصانه عند الإمام وقالا: يسقط.

(أو) قذف **(مسلماً زنى في)** زمن **(كفره)** حربياً كان أو ذمياً، وسواء كان في دار الحرب أو في دار الإسلام بأن قال له: زنيت وأنت كافر أو أطلق ثم أثبت أنه زنى في كفره لأن به يسقط إحصانه **(أو)** قذف **(مكاتباً مات عن وفاء لا يحد)** في هذه المسائل، وقد مر الوجه فيما عدا المكاتب، وأما هو فلاختلاف الصحابة في موته حراً أو عبداً فأورث شبهة، وعرف منه أنه لو مات عن وفاء فلا حد على قاذفه بالأولى، وأما إذا كان

وحد قاذف واطئ أمة مجوسية وحائض ومكاتبة ومسلم نكح أمة في كفره ومستأمن قذف مسلماً ومن قذف أو زنى أو شرب مراراً فحد فهو لكله.

الوطء حراماً لغيره فإنه يحد أفاد ذلك بقوله: (**وحد قاذف واطئ أمة مجوسية**) وأمة اشتراها شراءً فاسداً وأختين جمع بينهما في ملكه (**وحائض**) هي زوجته ونفساء ومظاهر منها (**ومكاتبة**) لأن ملك المتعة فيهن ثابت وما عرض من الحرمة لهن على شرف الزوال فلا يسقط إحصانه، (و) حد أيضاً قاذف (**مسلم نكح أمة**) أو غيرها من المحارم (**في**) حال (**كفره**) عنده خلافاً لهما والخلاف مبني على أنه صحيح عنده وفاسد عندهما، (و) حد أيضاً (**مستأمن قذف مسلماً**) هذا ما رجع إليه الإمام نظراً إلى أن فيه حق العبد وإن كان حق الله تعالى هو المغلب على ما مر وقد التزم أيضاً حقوق العباد.

وأمّا حد الخمر فلا يجب اتفاقاً ولا يجب حد الزنا والسرقة خلافاً للثاني، ويجب على الذمي جميع الحدود إلا حد الخمر قاله الإتقاني (**ومن قذف**) غيره (**أو زنى أو شرب**) الخمر (**مراراً**) سواء كان القذف لواحد أو لجماعة بكلمة كأنتم زناة أو بكلمات، وسواء طلب كلهم أو بعضهم (**فحد فهو**) أي: الحد (**للكل**)، أما في الزنا والشرب فلأن المقصود من إقامة الحد هو الانزجار واحتمال حصوله بالأول قائم فتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني، والحدود تندرأ بالشبهات إجماعاً وألحق حد القذف بهما لأن المغلب فيه حق الله تعالى على ما مر، ومن فروع التداخل ما لو قذف واحداً فحد إلا سوطاً ثم قذف آخر في المجلس فإنه يتم الأول.

وقالوا: لو قذف وهو عبد فأعتق ثم قذف آخر فطالبه الأول حد أربعين، وإن طالبه الثاني كمل له الثمانون لوقوع الأربعين لهما، قال الشارح: ولو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانياً حد حداً مستأنفاً ولو كان ذلك في القذف، فإن حضر الأول تمم الحد ولا شيء للثاني وإن حضر الثاني وحده يجلد حداً مستأنفاً انتهى.

وعلى هذا فيحمل ما مر من أنه يكمل السوط فقط على ما إذا حضر جميعاً، ومن أنه لو قذف جماعة يكتفى بحد واحد على ما إذا كان القذف لهم قبل أن يضرب البعض قيد بكون الجلد وقع بعد الفعل المتكرر لأنه لو زنى أو شرب فحد، ثم زنى وشرب ثانياً فإنه يحد ثانياً لأن حد الزنا يجب باعتبار المتوفى من منافع البضع والمستوفي الثاني غير الأول، وكذا المشروب ثانياً غير الأول بخلاف ما إذا قذف المحدود ثانياً المقذوف الأول حيث لا يحد ثانياً لأن المقصود وهو إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف حصل بالأول، كذا قرره الشارح في السرقة وهو بإطلاقه شامل لما إذا كان القذف الثاني بعين اللفظ الأول أو بغيره بعد أن يتحد

فصل في التعزير

المقذوف، أما لو اختلف بأن قذفه فحد ثم قال له: يا ابن الزانية وأمه ميتة فخاصمه فإنه يحد ثانياً كما لا يخفى.

تكميل: إقر بالزنى والسرقة والشرب والقذف وفقأ عين رجل يبرأ الإمام بالقصاص في العين ويحبسه فإذا برأ حده للقذف لأنه مشوب بحق العبد، والأول خالص حقه فقدم فإذا برأ أخرجه ثم هو مخير إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بحد السرقة/ [٣٠٩/ب] وجعل حد الشرب آخرها لأنه أضعف فإن كان محصناً اقتصر منه في العين، ثم بعد حد القذف يرجمه لأن حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود بحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك، نقل ذلك عن الجبر بن مسعود ولأن المقصود الزجر له ولغيره، وأتم ما يكون باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد إلا أنه يضمن المال المسروق فيؤخذ من تركته لأن الضمان بما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد والله الموفق للصواب.

فصـــــل في التعزير

وفي «القاموس» أنه: من أسماء الأضداد يطلق على التفخيم والتعظيم وعلى التأديب وعلى أشد الضرب وعلى ضربه دون الحد انتهى. قال الشيخ ابن حجر المكي: الظاهر أن هذا الأخير غلط لأن هذا وضع شرعي لا لغوي إذ لم يعرف إلا من جهة الشرع فكيف نسب لأهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله. والذي في «الصحاح» بعد تفسيره بالضرب ومنه سمي ضرب ما دون الحد تعزيراً فأشار إلى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعي فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوهما، وغفل عنها صاحب «القاموس» وقد وقع له نظير ذلك كثيراً وهو غلط يتعين التفطن له انتهى. لما ذكر الزواجر المقدرة شرع في غير المقدرة وأخرها لضعفها وألحقه بالحدود مع أنه منه ما هو محض حق العبد لما أنه عقوبة ولذا لا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال عند الإمام، وعندهما وإن قبلت لكنه لا يضرب، وإنما يحبس كذا في الكرخي، وجزم الحجندي بقبول شهادة النساء فيه، وسيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

قال في «الكشاف»: العزر: المنع ومنه التعزير لأنه يمنع من معاودة القبيح، وعرفاً تأديب دون الحد، وذلك التأديب لا يختص بالضرب بل قد يكون به فيكون دون الحد وبالصفع والحبس وتفريك الأذن وبالكلام العنيف، وينظر القاضي إليه بوجه عبوس وبالشتم بعد أن لا يكون قذفاً كما في «المجتبى» وما في «الخلاصة»

....

سمعت من ثقة أنه يكون بأخذ المال أيضاً إن رأى القاضي ذلك، ومن جملة ذلك من لا يحضر الجماعة مبني على اختيار من قال بذلك لقول أبي يوسف فإنه رأى عنه أنه يجوز للسلطان التعزير بأخذ المال، كذا في «الفتح»، ومعناه كما قال البزازي: إمساكه عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه، لا أنه يأخذ لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي انتهى. ثم إنما يرده إليه إذا تاب فإن آيس من توبته صرفه الإمام إلى ما يرى.

وفي «شرح الآثار» التعزير بأخذ المال كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ، كذا في «المجتبى» وعندهما وباقي الأئمة الثلاثة لا يجوز التعزير به وقد يكون بالقتل، فقد سئل الهندواني عن من وجد رجلاً مع امرأة أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاحِ لا يقتله، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله، وإن طاوعته المرأة قتلها أيضاً.

وفي «المنية» وجد رجلاً مع امرأة يزني بها أو مع محرمه وهما مطاوعان قتل الرجل والمرأة معاً، كذا في «الشرح»، قال في «البحر»: فقد أفاد التفريق بين الأجنبية والزوجة والمحرم، ففي الأجنبية لا يحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار بالصياح والضرب، وفي غيرها يحل مطلقاً انتهى.

وأقول: لا نسلم أن ما عن الهندواني نص في الأجنبية لما لا يجوز أن يكون المعنى بامرأة له وخصها لتعم الأجنبية بالأولى ويدل على ذلك ما في حدود «البزازية» من وجد مع امرأته رجلاً إذا كان ينزجر بالصياح وبما دون السلاح لا يحل قتله وإن كان لا ينزجر إلا بالقتل حل قتله، وإن طاوعته حل قتلها أيضاً وهذا نص على أن التعزير والقتل يليه غير المحتسب انتهى، وبهذا يندفع التدافع بين كلامي الهندواني ويجوز أن يقال: نكّر المرأة دلالة على أنه لا فرق بين الزوجة والأجنبية وقد أفصح عن ذلك في «الخانية» حيث قال: رأى رجلاً يزني بامرأته أو بامرأة أخرى وهو محصن فصاح به ولم يهرب ولم يمتنع عن الزنا حل لهذا الرجل قتله، وإن قتله فلا قصاص عليه وذكر مثله في السرقة حيث قال: رأى رجلاً يسرق ماله/ فصاح به أو [٣١٠/أ] ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل قتله ولا قصاص عليه انتهى.

وغاية الأمر أن ما في «منية المفتي» وعليه جرى الخبازي في مختصر «المحيط» مطلق لكن يجب حمله على التقييد توفيقاً بين كلامهم، ومن هنا جزم ابن وهبان في «نظمه» بالشرط المذكور مطلقاً وهو الحق، واعلم أنه في «الخانية» شرط في جواز

....

قتل الزاني أن يكون محصناً، وفي السارق أن يكون معروفاً بالسرقة، وبالأولى جزم الطرسوسي ورده ابن وهبان بأنه ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو حسن فإن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقاً في إزالته فلا معنى لاشتراط الإحصان فيه، ولذا أطلقه البزازي وفي «المجتبى» الأصل أن كل شخص رأى مسلماً يزني أن يحل له قتله وإنما يمتنع خوفاً من أن لا يصدق في أنه زنى، وعلى هذا القياس المكابرة وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة والأعونة والسعاة يباح قتل الكل ويثاب قاتلهم وقد يكون بالنفي أيضاً، فقد ذكر العيني في «شرح البخاري» أن من أذى الناس مطلقاً ينفى عن البلد بذلك أفتى عبد الله بن عمرو بالإخراج من الدار.

قال البزازي: وتقوم الأعذار على مظهر الفسق في داره فإن كف فيها وإلا حبسه أو أدبه أسواطاً أو أزعجه عن داره إذ الكل يصلح تعزيراً، وعن الصفار الزاهد أنه أمر بتخريب دار الفاسق، ثم في قول الهندواني إذا كان ينزجر بالضرب تنصيص على أن التعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسباً وصرح بذلك في «المنتقى» وهذا لأنه من باب إزالة المنكر باليد والشارع ولي كل واحد، كذا في «الفتح» وقيده بكونه حال المعصية حيث قال: رأى غيره على فاحشة موجبة للتعزير فعزره بغير إذن المحتسب فللمحتسب أن يعزر والمعزران عنده بعد الفراغ منها.

قال رضي الله تعالى عنه: قوله إن عزره بعد الفراغ منها فيها إشارة إلى أنه لو عزره حال كونه مشغولاً بالفاحشة فله ذلك وإنه حسن لأن ذلك نهي المنكر وكل أحد مأمور به وبعد الفراغ ليس بنهي لأن النهي عما مضى لا يتصور، وهذا أيضاً مقيد بغير الزوج والمولى لما في دعوى «الخانية» لا يختص الإمام بإقامة التعزير فإن الزوج يؤدب المرأة والمولى يؤدب العبد وما في «القنية» من عليه التعزير إذا قال لرجل: إقم عليّ التعزير ففعل ثم رفع إلى القاضي فإنه يحتسب به محمول في حق العبد على أنهما حكماه.

ففي «فتح القدير» الذي يجب حقاً للعبد لتوقفه على الدعوى لا يقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه ثم التعزير ليس فيه شيء مقدر وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام، لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس فيه مختلفة، ذكره السرخسي والتمرتاشي، وجعله في الشافعي على مراتب: تعزير أشراف الأشراف وهم العلماء والعلوية بالإعلام بأن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا فينزجر به، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقون بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك،

ومن قذف مملوكاً أو كافراً بالزنا أو مسلماً بيا فاسق..........

وتعزير الأوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الأخسة بهذا كله وبالضرب انتهى. وهذا يقتضي عدم تفويضه إلى القاضي على معنى أنه ليس له أن يعزر بغير المناسب، والأول يقتضي أن له ذلك وينبغي أن لا يكون ما في «الشافي» على إطلاقه فإن من كان من أشراف الأشراف لو ضرب غيره فأدماه لا يكتفى في تعزيره بقول القاضي ما مر إذ لا ينزجر بذلك، وقد رأيت بعض القضاة من الإخوان من أدبه بالضرب بذلك وأرى أنه صواب.

واعلم أنه ينقسم إلى ما هو حق الله تعالى وحق للعبد، والأول يجب على الإمام ولا يحل له تركه إلا فيما إذا علم أنه انزجر الفاعلِ قبل ذلك ثم أنه يتفرع عليه أنه يجوز إثباته بمدعٍ شهد به فيكون مدعياً شاهداً إذا كان معه آخر، وما في «الخانية» وغيرها لو كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحساناً فلا يعزر، فإن عاد وتكرر منه روي عن الإمام أنه يضرب يجب أن يكون في حقوق الله تعالى، فإن كان في حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من إسقاط التعزير، كذا في «الفتح» ملخصاً وفيه ويعزر من شهد شرب الشاربين، والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا، ومن معه ركوة خمر، والمفطر في نهار/ رمضان يعزر ويحبس [٣١٠/ب] والمسلم يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزر ويحبس، وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة ثم قال: ويعزر من قبل أجنبية أو علقها أو مسّها بشهوة انتهى.

ولم أرَ ما إذا وجد فيه رائحة الخمر وينبغي أن يعزر وهي حادثة الفتوى، وفي كراهة «الظهيرية» رجل يصلي ويضر الناس بيده ولسانه فلا بأس بإعلام السلطان به ليزجره، قال الشيخ الأخ في رسالة له: في هذا حسنة فقد أستفيد من هذا أن إعلام القاضي بذلك يكفي لتعزيره وهو من باب الإخبار فلا يحتاج إلى لفظ الشهادة ولا إلى مجلس القضاء، ونبه المصنف على ما هو حق العبد بقوله: (**ومن قذف**) ولو كان القاذف صبياً (**مملوكاً أو كافراً**) حاصله قذف غير محصن (**بالزنا أو**) قذف (**مسلماً**) أو ذمياً كما في «الفتح»، وفي «القنية» قال ليهودي أو مجوسي: يا كافر يأثم إن شق عليه.

قال في «البحر»: ومقتضاه أنه يعزر انتهى، وفيه نظر وسيأتي ما يرشد إليه (**بيا فاسق**) هذا أعني إطلاق القذف على الشتم مجاز شرعي وإن كان حقيقة لغوية إذ هو الرمي لغة ثم إنما يعزر بهذه الألفاظ إذا لم يكن المقول له متصفاً به، فإن كان لا يعزر لأنه صادق في الإخبار وعلى هذا قال في «الخانية»: لو قال: لفاسق أو للص يا لص لا

يا كافر..

يجب شيء، فإن أنكر كونه فاسقاً وعلم القاضي بفسقه أو كان معروفاً به كمكاس مثلاً لم يعذر ولهذا قال في «الفتح»: إنما يجب التعزير فيمن لم يعلم اتصافه به، أما من علم فإن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل انتهى. وإن لم يعلم لكن أراد القائل إقامة البينة على فسقه.

قال في «القنية»: لا تسمع لأن البينة على مجرد الجرح والفسق لا تقبل ولو أراد إثبات فسقه ضمناً لما تصح فيه الخصومة كما في جرح الشهود إذا قال: رشوتهم بكذا فعليهم رده تقبل فكذا هذا، قال في «البحر»: وهذا إذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه فإن بينوه بما يتضمن إثبات حق الله تعالى أو للعبد قبلت، كإن ادعى القائل أنه رآه قبّل أجنبية وأقام شاهدين بذلك قبلت بلا شك، وعلى هذا ينبغي للقاضي أن يسأل القائل عن سبب فسقه فإن بيّن سبباً شرعياً طلب منه إقامة البينة عليه فلو قال: هو ترك الواجب عليه ينبغي أن يصح ثم يسأل القاضي عمّا يجب عليه تعلمه من الفرائض فإن لم يعرفها ثبت فسقه لما في «المجتبى» من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته، والمراد ما يجب عليه تعلمه منه هذا إذا لم يخرج ذلك مخرج الدعوى لما في «القنية» ادعى عند القاضي سرقة وعجز عن إثباتها لا يعزر.

وفي «السراجية» ادعى عليه ما يوجب تكفيره وعجز عن الإثبات لا يجب عليه شيء إذا صدر الكلام على وجه الدعوى عند الحاكم أما إذا صدر على وجه السب والانتقاص فإنه يعزر، وفي «الخلاصة» ادعى عليه أنه قال له: يا فاسق ونحوه مما يجب التعزير فأنكر لا يحلفه بالله تعالى ما قلت هذا لكن يحلف بالله تعالى ما له عليك هذا الحق الذي يدعي انتهى.

وإنما يحلف فيما فيه محض حق العبد ولهذا يجوز فيه الإبراء والعفو والشهادة على الشهادة، كذا في «الخانية» وهو ظاهر في أن ما كان منه حق الله تعالى لا يحلف فيه كما إذا ادعى عليه أنه قبّل أجنبية مثلاً وقدمنا عن «الفتح» أنه ليس للإمام تركه يعني بالعفو لكن يشكل عليه ما في «القنية» عن مشكل «الآثار» التعزير إلى الإمام عند علمائنا الثلاثة والشافعي والعفو إليه أيضاً.

قال الطحاوي: وعندي أن العفو للمجني عليه، قال رضي الله تعالى عنه: ولعل ما قال في الواجب حق الله تعالى وما قاله الطحاوي في الواجب للعبد كما إذا جنى على إنسان **(يا كافر)** فيه إيماء إلى أنه لا يكفر، وكان الفقيه أبو بكر الأعمش يقول: إنّه يكفر. قال في «خزانة المفتيين»: والأول أرجح، وفي «الذخيرة» المختار للفتوى أنه إذا أراد الشتم ولا يعتقده كفراً لا يكفر وإن اعتقده كفراً فخاطبه بهذا بناء على

يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يابن القحبة ....

اعتقاده أنه كافر يكفر لأنه لما اعتقد كفر المسلم فقد اعتقد دين الإسلام كفراً ورأيت في «التاتارخانية» عن «المضمرات»، قال بعضهم: من قال لآخر: يا كافر لا يجب التعزير ما لم يقل يا كافر بالله لأن الله تعالى / سمى المؤمن كافراً بالطاغوت [٣١١/أ] فيكون محتملاً، وفي «الخلاصة» لو أجابه بقوله: لبيك كفر.

قال في «البحر»: ولا يخفى أن قوله: يا رافضي أو يا مبتدع بمنزلة يا كافر لأن الرافضي كافر إن سب الشيخين، ومبتدع إن فضل علياً كما سيأتي وأنت خبير بأن التفضيل في يا كافر لا يأتي في المبتدع (**يا خبيث**) الأولى للإنسان فيما إذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه قالوا لو قال له: يا خبيث الأحسن أن يكف عنه ولو رفع إلى القاضي ليؤدبه به يجوز، ولو أجاب مع هذا فقال: بل أنت لا بأس به كذا في «الفتح».

وفي «السراج» لو قال: يا بليد عزر لأنه يستعمل بمعنى الخبيث الفاجر (**يا لص يا فاجر**) لم أرَ من فرق بين الفسق والفجور والظاهر أن الأول أعم، والثاني أخص، وعن هذا قال في «القنية»: شهد أحدهما أنه قال له: يا فاسق والآخر قال له: يا فاجر لا تقبل (**يا منافق يا لوطي**) فيه إيماء إلى أنه لا يسأل عن نيته، وقيل: يسأل فإن عنى أنه من قوم لوط ﷺ لا يعزر، وإن عنى أنه يعمل عمل قوم لوط عزر على قول الإمام وحد على قولهما، والصحيح أنه يعزر إن كان في غضب قلت أو هزل ممن تعود بالهزل بالقبح كذا في «الفتح» (**يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث**) بالمثلثة وهو من لا غيرة له ممن يدخل على امرأته، والقرطبان نعت سوء في الرجل لا غيرة له، عن الليث وعن الأزهري هذا في كلام الحاضرة، ولم أرَ البوادي نطقوا به ولا عرفوه، كذا في «المغرب» وهو ظاهر في ترادفهما وبه صرح ملا خسرو أو قال: إنّه معرب قلتبان وفي اقتصار الشارح على تفسيره إيماء إليه حيث قال: وهو الذي يرى مع امرأته ومحرمه رجلاً فيدعه خالياً بها، وقيل: هو المنتسب للجمع بين الاثنين لمعنى غير ممدوح، وقيل: هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه إلى الضيعة بأن يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته انتهى. وعلى كل تقدير فهو المعنى بالمعرِس في ديارنا بكسر الراء وبالسين، والعوام يلحنون فيه فيفتحون الراء ويأتون بالصاد قاله العيني (**يا مخَنث**) بفتح النون، أمّا بكسرها فمرادف للوطء (**يا خائن يا ابن القحبة**) فيه إيماء إلى أنه إذا شتم أصله عزر بطلب الولد، كيا ابن الفاسق يا ابن الكافر وأنه يعزر بقوله: يا قحبة فإن قلت: ينبغي وجوب الحد كما

يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزواني أو اللصوص يا حرام زاده عزر وبيا كلب يا تيس يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغاء يا مؤاجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشحان يا أبله يا موسوس لا ....

في «الظهيرية» القحبة الزانية من القحبات وهو السعال وكانت الزانية من العرب إذا مر بها رجل سعلت ليقضي منها حاجته فسميت الزانية قحبة انتهى، وقيل: هي أفحش من الزانية لأنها قد تفعل سراً والقحبة تجاهر بالأجرة وقيل: هي من همتها الزنا قلت: حد القذف إنما يجب إذا قذفه بصريح الزنا أو ما في حكمه بأن يدل عليه اللفظ اقتضاء كما مر في قول: لستَ لأبيك أو لستَ بابن فلان في غضب ولفظ قحبة لم يوضع لمعنى الزانية بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر ولا يدل عليه اقتضاء أيضاً، وهو ظاهر قول خسرو (**يا زنديق**) هو بمعنى المنافق هو تروزند اسم كتاب المجوس، كذا في «المغرب» (**يا قرطبان**) وقد مر (**يا مأوى الزواني أو اللصوص يا حرام زاده**)، وهو المتولد من الحرام وهو أعم من الزنا كالوطء في حالة الحيض، وفي العرف لا يراد الأولين الزنا وكثيراً ما يراد به الخبيث اللئيم (**عزر**) لأنه أذاه وألحق الشين به.

قال في «شرح الطحاوي»: والأصل أن كل من ارتكب منكراً وأذى مسلماً بغير حق بقول أو فعل وجب عليه التعزير إلا إذا كان الكذب ظاهراً (**كيا كلب**) ويا خنزير على ما سيأتي، و(**يا حمار**) و(**يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغاء**) بالباء الموحدة والغين المعجمة المشددة وهو المأبون بالفارسية ويقال: يا بار كأنه انتزع من البغاء، كذا في «المغرب» (**يا مؤاجر**) قال خسرو: والمؤاجر يستعمل فيمن يؤاجر أهله للزنا لكنه ليس معناه الحقيقي المتعارف، بل معنى المؤجر (**يا ولد الحرام يا عيار**) بالعين المهملة المفتوحة والياء المثناة المشددة، عن أبي دريد هو كثير المجيء والذهاب وهو معنى ما في «الأجناس» هو المتردد/ بلا عمل وقال ابن الأنباري: هو الذي [٣١١/ب] يخلي نفسه وهواها ولا يروعها ولا يزجرها، (**يا ناكس يا منكوس**) النكس بالكسر الضعيف، والمنكوس المقلوب وكأنه دعا عليه، (**يا سخرة، يا ضحكة**) بوزن الصفرة من يضحك عليه الناس وبوزن الهمزة من يضحك على الناس، قال ملا خسرو: وثم قال والسخرة أيضاً، كذلك (**يا كشحان**) بالحاء المهملة، (**يا أبله، يا موسوس**) بكسر الواو وسمي بذلك لأنه يحدث بما في ضميره (**لا**) أي: لا يعزر في هذه الألفاظ، أما إذا جعله حيواناً صامتاً فلأنه ما ألحق الشين به للتيقن بكذبه، واختار الهندواني أنه يعزر لتعارف هذه الألفاظ في الشتم في زماننا، وقيل: إن كان المقول له من الفقهاء والأشراف عزر وإلا لا، قال الشارح تبعاً «للهداية»: وهذا أحسن ما قيل

وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطاً..........

وسوى غير واحد بين قوله: يا حجام ويا ابن الحجام في عدم التعزير، وجزم الشارح بالتعزير في الثاني وهو يحكم، وما في «البحر» من الفرق بأن كذبه غير ظاهر لموت أبيه بخلاف الأول الأمر فيه مشاهدة مدفوع بأن الحكم بتعزيره غير مقيد بموت أبيه وعلى هذا فينبغي التعزير في يا بغاء بالأولى.

قال في «البحر»: لأنه بمعنى يا معفوج وقد صرح في «الظهيرية» بوجوب التعزير فيه لأنه ألحق الشين به، إلا أن خسرو وجه عدم التعزير بأنه من شتم العوام ولا يقتصرون به معنى معيناً وعدم إلحاق الشين به في يا مؤاجر يا عيار بالمعنى المتقدم ظاهراً، وينبغي وجوبه في يا ولد الحرام بل أولى من حرام زاده، وأما يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا أبله ففي «غاية البيان» عن «الولوالجية» لو قال: يا أبله يا ناكس يا منكوس لا يعزر لأنه ما ألحق الشين به، وكذلك لو قال: يا ساخر يا ضاحكة يا مقامر هكذا ذكر في بعض المواضع وفيه نظر، والظاهر أنه يجب انتهى.

وقد علمت أن سخرة بمعنى من يسخر عليه الناس لضحكه وعلى هذا فيجب التعزير، وفي «السراج» لو قال: يا لاهي يا مسخرة ويا مضحكة يا مقامر يا سوقي فالظاهر أنه يجب عليه التعزير، وأما الكمشحان فقال بعضهم أنه يعزر وهو الحق لأنه كما في «المغرب» مرادف للديوث وقد علمت أنه بمعنى المعرس وما قدمنا له من أن الأصل السابق يعين ما قلنا.

تتمة: مما يعزر به الورع البارد وكما إذا وجد تمرة ملقاة على الأرض فعرفها، كذا في «التتارخانية» **(وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطاً) عن الإمام** لما رواه البيهقي من قوله ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»[١] ولا شك أن حد الرقيق أربعون فنقص عنه سوطاً.

وقال أبو يوسف في ظاهر الرواية عنه: إكثره خمسة وسبعون سوطاً اعتباراً بأقل حدود الأحرار وانتقص عنه خمسة مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه هذا في الحر، وأما في العبد فأكثر تعزيره خمسة وثلاثون لأن أدنى حده أربعون فنقص منه خمسة كالحر، كذا في «السراج الوهاج»، وروى هشام عنه وهو قول زفر وهو القياس أنه ينقص عنه سوط واحد، وفي «التاتارخانية» وهو الأصح وهو قول محمد مضطرب ففي بعض المواضع ذكره في «الكتاب» مع الإمام وفي رواية مع الثاني وفي «الحاوي القدسي» أكثره في الحر خمسة وسبعون سوطاً عند أبي يوسف وبه نأخذ وفي مال

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٣٢٧).

وأقله ثلاثة وصح حبسه بعد الضرب وأشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم الشرب ثم القذف ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر بخلاف الزوج إذا عزر زوجته لترك الزينة والإجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك الصلاة والخروج من البيت.

«الفتاوى» ارتدت لتفارق زوجها تجبر على الإسلام وتعزر خمسة وسبعين سوطاً وليس لها أن تتزوج غير زوجها به أخذ الفقهاء.

وأقول: لا معنى لهذا التردد مع قول المصنف بعد وصح حبسه بعد الضرب (**وأقله ثلاثة**) لأن ما دونها لا يقع به الزجر هذا رأي القدوري، وذكر مشايخنا أن أدناه ما يراه الإمام حتى لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وعلى قول القدوري يكمل/ له ثلاثة (**وصح**) أي: جاز (**حبسه بعد الضرب**) لأنه عجز عن الزيادة من حيث القدرة لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له أن يضم الحبس إليه، كذا في «الشرح» وهو صريح في دفع التردد السابق ثم الحبس أعم من حبسه في بيته بأن يمنعه من الخروج منه أو السجن (**وأشد الضرب التعزير**) لأنه جرى فيه التحقيق من حيث العدد فلا يحققه من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود ثم معنى شدته. [٣١٢/أ]

فقد ذكر في حدود «الأصل» أنه يفرق التعزير على الأعضاء وفي الأشربة أنه يضرب في موضع واحد لأن موضوع ما في الأشربة إذا عزر أدنى التعزير، وما في الحدود إذا بلغ به أقصاه خوفاً من إفساد العضو بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الإخراج (**ثم حد الزنا**) لأن جنايته أعظم (**ثم**) حد (**الشرب ثم**) حد (**القذف**) لأن جناية الشرب مقطوع لها بالمشاهدة، وجناية القذف غير مقطوع لها لجواز أن يكون صادقاً في القذف كما مر.

(**ومن حد أو عزر فمات**)، بسبب ذلك (**فدمه هدر**) لأنه فعل ما أمر به وفعل المأمور لا يتقيد بالسلامة كالقصار ونحوه، (**بخلاف الزوج إذا عزر زوجته لترك الزينة والإجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك الصلاة والخروج من البيت**) فماتت ضمن ديتها، والفرق أن في هذه الحالة مباح لا واجب فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق ونحوه وأورد ما لو جاء مع امرأته فماتت أو أفضاها فإنه لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه مباح، وأجيب بأنه ضمن المهر بذلك فلو وجبت الدية لوجب ضمانان بمضمون واحد وجعله من ذلك ترك الصلاة وهو ما عليه الكثير، والمذكور في «النهاية» أنه لا يجوز لأن المنفعة إنما تعود في ذلك إليها وليس الجواز مقصوراً على الأربعة بل له تعزيرها بما في معناها كما في «البدائع» فمن ذلك ما لو ضربت جارية لغيره ولحقتها ولم تتعظ بوعظه كما في «القنية».

....

قال في «البحر»: وينبغي أن يلحق بذلك ما لو ضربت ولدها الصغير عند بكائه وقالوا: لو قال لها: إن ضربتك لغير جناية فأمرك بيدك فشتمته أو مزقت ثيابه أو أخذت لحيته وقالت: يا حمار يا أبله أو كلمت أجنبياً أو الزوج أو تشاغبت معه ليسمع صوتها أجنبي أو دعت عليه أو أعطت شيئاً من ماله بغير إذنه مما لم تجرِ العادة به فضربها لا يكون الأمر بيدها لأن ذلك كله جناية، وهو ظاهر في أن له تعزيرها في هذه المواضع، إلا أنه على ظاهر الرواية ينبغي عدم التعزير في يا حمار يا أبله، وعلى القول الثاني إن كان المقول له من الأشراف يعزر القائل وإلا لا ينبغي أن يفصل في الزوج إلا أن يفرق بين الزوجة وغيرها والموضع يحتاج إلى تدبير وتأمل.

واعلم أن تعزيرها لترك الزينة مقيد بما إذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية، وكذا الإجابة بما إذا كانت طاهرة عن الحيض والنفاس والخروج بما إذا لم يكن مأذوناً فيه شرعاً وإطلاق الزوجة يعم الصغيرة، وقدمنا أن للولي ضرب الصغير على الصلاة إذا بلغ سبعاً لعله إذا بلغ عشراً وينبغي أن يكون الزوج كذلك وأفاد في «القنية» أن له أن يكره ولده الصغير على تعلم القرآن والأدب والعلم لأن ذلك فرض على الوالدين. وفي «المجتبى الصغير» لا يمنع وجوب التعزير إلا إذا كان حقاً لله تعالى، وما عن الترجماني من اعتبار البلوغ فيه أراد به ما كان حقاً لله تعالى كما إذا زنا أو سرق توفيقاً، ونسأل الله التوفيق إنه بالإجابة جدير وخبير.

كتاب السرقة

هي أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة..

كتاب السَّرِقة

بفتح السين وكسر الراء ولك إسكانها مع فتح السين وكسرها لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة الأنفس والعقول والأعراض شرع في المتعلقة بصيانة الأموال ولا خفاء في أصالة الأول ثم هي قسمان: صغرى وكبرى، بدأ بالكلام على الأولى لكثرتها وهي لغة أخذ الشيء في خفاء فتعدى بنفسها وبحرف الجر وتسمية المسروق سرقة مجاز كما في «المغرب» وركنها الأخذ ومن ثم بدأ به ثم ذكر الشرائط فقال: (**هي أخذ مكلف**) ولو أنثى أو عبد أو كافر أخرج الصبي والمجنون فإن كان يجن ويفيق فسرق في حال إفاقته قطع وإلا فلا، ولا بُّد أن يكون ناطقاً مبصراً فلا يقطع بسرقة الأخرس لجواز أن يدعي شبهة لو كان ناطقاً ولا الأعمى لأنه جاهل بمال غيره (**خفية**) خرج به الأخذ مغالبة أو نهباً/ فلا قطع به لو كان في المصر نهاراً، وإن [٣١٢/ب] دخل خفية استحساناً ثم إن كانت نهاراً اعتبرت الخفية ابتداء وانتهاء، وإن ليلاً اعتبرت ابتداء فقط إذا غالب السرقات فيه تصير مغالبة لأنه قل ما يخفى الدخول والأخذ بالكلية ومن ثم قلنا: لو كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع، كذا في «الفتح».

وجزم الشارح بعدم القطع فيما إذا زعم اللص على رب الدار والحال أنه لم يعلم، وجرى على الأول في «المحيط» «والخلاصة» وغيرهما وعليه فيكفى في الخفية ظن السارق قد رأى (**مقدار عشرة دراهم**) لما رواه محمد عن أبي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم، ولو كان موقوفاً لكان له حكم الرفع لأن المقدارات الشرعية لا دخل للعقل فيها، واسم الدراهم يطلق على المضروبة عرفاً.

قال في «المغرب»: الدراهم اسم للمضروبة فقوله (**مضروبة**) تأكيد وهذا أعني اشتراط كونها مضروبة هو ظاهر الرواية وهو الأصح لظاهر الحديث ورعاية لكمال الجناية، ومن ثم شرطنا جودتها فلا قطع لو كانت زيوفاً أو نبهرجة، ولا بد أن تكون العشرة وزن سبعة على ما مر في الزكاة وغير الدراهم يعتبر بها حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة لا يقطع فإن كانت قيمته وقت السرقة ووقت القطع عشرة بتقوم عدلين قطع فإن نقصت وقت القطع عن عشرة لم يقطع إلا إذا كان النقص لعيب حدث أو فوات بعض العين، فعلى هذا لو سرق في بلد ما قيمته عشرة فأخذ في

محرزة بمكان أو حافظ فيقطع إن أقر مرة ....

أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع، ولو سرق فضة أقل من وزن عشرة إلا أن قيمتها عشرة مضروبة لا يقطع ولا بد أن يقصد أخذ ذلك القدر حتى لو سرق ثوباً قيمته أقل من عشرة وعلى طرفه دينار مشدود وكان فيه دراهم مضروبة لا يقطع إلا إذا كان وعاء لها، كذا في «التجنيس» وأن يكون للمسروق منه يد صحيحة فلا يقطع السارق من السارق هكذا أطلقه الكرخي والطحاوي لأن يده ليست يد أمانة ولا ملك فكان ضائعاً.

قلنا: بقي أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع، فالحق ما في «نوادر هشام» عن محمد إن قطعت الأول لم أقطع الثاني وإن درأت عنه الحد قطعته ومثله في «أمالي أبي يوسف»، كذا في «الفتح» ولا بدَّ أيضاً أن يخرج النصاب ظاهراً حتى لو ابتلع ديناراً في الحرز وخرج لا يقطع، وأن يخرجه مرة واحدة اتحد مالكه أو تعدد، فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع وأن تكون السرقة في دار الإسلام حتى لو سرق في دار الحرب أو البغي فأخذ في دار الإسلام لا يقطع، كما في «البدائع» (**محرزة**) صفة ثانية لدراهم (**بمكان**) مُعد للحفظ ممنوع من الدخول فيه إلا بإذن، (**أو حافظ**) في مكان ليس حرزاً كالمساجد والصحراء وسيأتي إيضاحهما (**فيقطع إن أقر مرة**)، هذا قولهما وهو قول أكثر أهل العلم.

وقال أبو يوسف وزفر: لا بد من إقراره مرتين في مجلس اعتباراً بالشهود كالزنا وقد استدل للأكثر بما أسند الطحاوي قالوا: يا رسول الله إن هذا سرق فقال ما إخاله سرق فقال السارق: بلى يا رسول الله قال: اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه[١]، والرواية في إخاله بكسر الهمزة، أي: أظنه وإن جاز الفتح وفيه دليل على أن السارق يلقن بما يمنعه من الإقرار، وهذا نص على الاكتفاء بالمرة الواحدة، ومن ثم ذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قولهما ذكره الإتقاني وقالوا: لو سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير قطع في العشرة وضمن المائة إن ادعى المقر له المالين ولو قال: بل مائتين قطع فيهما ولا ضمان عليه، ولو ادعى المقر له المائتين ولو قال: سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين ولو قال: أنا سارق هذا الثوب بالإضافة يقطع، وبالتنوين لا لأن الأول للحال، والثاني للاستقبال كذا في «الفتح» والظاهر أن يقال: إنّه مع التنوين يحتمل الحال والاستقبال فلا يقطع بالشك لكن بقي أن هذا الاحتمال ثابت مع الإضافة أيضاً فكان ينبغي أن لا يقطع أيضاً فتدبره.

ولو أقر بالسرقة ثم هرب لا يتبع ولو من فوره لما أنه من أمارة الرجوع، ولو رجع

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (١/٢٠٤) رقم (٢٤٤).

أو شهد رجلان ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا إن أصاب لكل نصاب ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير.........................

صريحاً بعدما أقر ولو مرتين قبل منه ذلك في حق الحق لا في المال، كما في «الهداية» بخلاف مما لو أقيمت عليه البينة وضرب السارق/ لإقراره سيأتي (**أو شهد**) عليه بها (**رجلان**) نبه بحصر الحجة فيهما أنه لا يقطع بالنكول وإن ضمن المال قالوا: ويجب على القاضي أن يسألهم عن كيفيتها لجواز أن يكون على كيفية لا يقطع فيها كأن أخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقاً له فأخرجه أو أدخل يده وأخرج المتاع، وماهيتها لأنها تطلق على استراق السمع ونقص أركان الصلاة، وزمانها لأنها مع التقادم لا قطع فيها وإن ضمن المال، ومكانها لاحتمال أنه سرق في دار الحرب، وعن المسروق لأن سرقته كل مال لا توجب القطع وعن قدره لجواز أن يكون دون النصاب وعن المسروق منه لجواز أن يكون محرماً، وهذا الأخير لم يذكره محمد واعتذر عنه السرخسي بأنه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عنه ومرده في «فتح القدير» بأن الشهادة والخصومة لا يستلزمان بيان النسبة من السارق، ولذا ذكره في «الكافي» فإذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط فإن عرفهم القاضي بالعدالة قطعه، وإن لم يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا، والتوثق بالكفيل ممتنع لأنه لا كفالة في الحدود ثم لا يقطع إلا بحضور المسروق منه والشهود فإن غاب أحدهم لا يقطع، وكذا في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص إن لم يحضروا استحساناً كذا في «كافي الحاكم» فإن كانت عن إقرار رسالة عن الكل إلا الزمان لما مر من أن التقادم لا يمنع الإقرار.

[١/٣١٣]

ووقع في بعض نسخ «فتح القدير» ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره وكأنه تحريف، والصواب أنه يسأله لجواز أن يكون في دار الحرب (**ولو**) كان (**جمعاً و**) الحال أن (**السارق بعضهم قطعوا إن أصاب لكل**) منهم (**نصاب**) هذا استحسان سداً لباب السرقة سواء خرجوا معه من الحرز أو بعده في فوره أو خرج هو بعدهم في فورهم ولو كان فيهم صغير أو مجنون أو معتوه أو ذا رحم محرم من المسروق منه لم يقطع أحد، قيد بالجمع لأنه لو سرق واحد من عشرة من كل واحد درهماً من بيت واحد يقطع لكمال النصاب، (**ولم يقطع**) بحيث لم تجرِ العادة بإحرازه ولهذا قلنا: إنّه يقطع في الأبواب والأواني والساج والأبنوس والقنا والصندل (**وحشيش وقصب وسمك**)، قال في «الهداية»: يدخل فيه المالح والطري قيل: المليح أو المملوح (**وطير**) بسائر أنواعه قيل: إلا الدجاج والبط وقيل: لا يقطع

وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة وطنبور ومصحف ولو محلى.......................

في جميع الطيور وهذا القول أصح، كذا في «الغاية» **(وصيد وزرنيخ)** قيل: ينبغي أن يقطع به لأنه يحرز ويصاب في دكاكين العطارين **(ومغرة)** بالفتحات الثلاثة ولك إسكانها الطين الأحمر **(ونورة)** زاد في «السراج» ولبن وآجر وفخار وزجاج وهذا الأخير أجراه بعضهم على إطلاقه، وآخرون على غير المعمول منه فيقطع به وزاد في «المجتبى» الفحم والأشنان والملح، وقال في «الفتح» اختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لأنه جرت العادة بإحرازه في الدكاكين، وبه جزم الحدادي معللاً بأنه لا يتسارع إليه الفساد وهو كالفاكهة اليابسة وإنما لم يقطع في هذه الأشياء لأنها توجد مباحة في دار الإسلام.

لو قال كما في «المجمع» ولا يقطع في مباحة الأصل والمتعرضة للفساد لكان أخصر واستغنى عن قوله **(وفاكهة رطبة)** أي: على شجر لخبر أبي داود «لا قطع في ثمر ولا كَثَر»[1] بفتح الكاف والثاء المثلثة الجمار يخرج من رأس النخل وأخطأ من قال إنّه الحطب أو صغار النخل كما في «المغرب» قيد بالرطبة لأنه يقطع باليابسة التي تبقى كاللوز ونحوه، وفي الإسبيجابي لو سرق مالاً يبقى حولاً لا يقطع **(و)** لا إحراز فيما **(على الشجرة ولبن ولحم)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع في الطعام»[2] والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل وما في معناه كاللحم والثمر أطلق في اللحم فعم القديد منه **(وزرع لم يحصد)** لما مر في التمر من عدم الإحراز، قيد بذلك لأنه يقطع في الحنطة إجماعاً وقيده في «المبسوط» بغير أيام القحط، وأما لو سرق فيها ما لم يقطع **(وأشربة)** مطربة، أي: مسكرة لأن بعضها حرام فيتناول سارقها إراقتها وبعضها مختلف في إباحته فأورث شبهة في عدم المالية، وأمّا ما حل منها ففيه القطع كالفقاع/ ونحوه. [٣١٣/ ب]

قال الحدادي: وأما شراب نقيع التمر والزبيب فالصحيح أن فيه القطع انتهى. ولا خلاف أنه يقطع في الخل والعسل، كما في «الشرح» لكن في «البحر» قال أبو حنيفة: لا قطع في الخل لأنه قد صار خمراً مرة **(وطنبور)** لأنه من المعازف للملاهي كما في «الشرح» ثم قيل لفظ المعازف يجمع العود والطنبور وأشباهها، وقيل خاص بالتي استخرجها أهل اليمن كما في «الجمهرة» **(و)** لا يقطع أيضاً سرقة **(مصحف ولو)** كان **(محلى)** بما قيمته تعدل نصاباً في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وعن أبي

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٤٤٩)، وأبو داود في السنن (٤٣٨٨).

(٢) لم أعثر عليه.

وباب مسجد وصليب ذهب وشطرنج ونرد وصبي حر ولو معه حلي وعبد كبير ودفاتر

يوسف في «الإملاء» أنه يقطع وعنه إذا بلغت الحلية نصاباً وجه الظاهر أن المقصود ما فيه ومعنى المالية فيه تبعاً لا مقصوداً ولذا قلنا: لو سرق ثوباً قيمته دون نصاب لكنه محلى بما ساوى نصاباً لا يقطع، (**وباب مسجد**) الأولى وباب مركب كما في «الإصلاح» لأنه لا قطع في الأبواب مطلقاً لعدم الإحراز فيها، لكنه لو اعتاد سرقة أبواب المساجد بولغ في تعزيره وحبس حتى يتوب، كما قاله فخر الإسلام (**وصليب ذهب**) وهو مثل تعبده النصارى، كذا في «غاية البيان» وفي «فتح القدير» الصليب: ما هو كهيئته خطين متقاطعين ويقال لكل جسم صليب.

(**وشطرنج**) بكسر الشين (**ونرد**) فارسي معرب ولو كان من ذهب لتأول السارق الكسر نهياً عن المنكر، ولو سرق دراهم عليها تمثال قطع لأنه إنما أعد للتمول فلا يثبت فيه تأويل (**وصبي حر ولو**) كان (**معه حَلْي**) بفتح الحاء وسكون اللام كل ما لبس من ذهب أو فضة أو جوهر جمع حلياً بفتحها لأن الحر ليس بمال وما عليه تبع له قال أبو يوسف: إن بلغ الحلي نصاباً قطع والخلاف في غير المميز، أما المميز فلا يقطع إجماعاً لأنه خداع لا سرقة (**وعبد كبير**) أي: مميز يعبر عن نفسه ولو نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لأنه ليس بسرقة بل إما غصب أو خداع.

(**ودفاتر**) أراد بها الكتب المشتملة على علم الشريعة، كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من الغريبة والشعر واختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع، وقيل: بالشرعية لأن معرفتها قد يتوقف على اللغة والشعر والحاجة وإن قلت: كفت في إيراث الشبهة، ومقتضى هذا أن لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا يقصد ما فيها لأهل الديانة ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع كذا في «الفتح» وينبغي أن ينظر في الأخذ لكتب السحر والفلسفة فإن كان مولعاً بذلك لا يقطع للقطع بأن المقصود ما فيها ويدخل في الفقه أصوله وفي الحديث مصطلحه، وفي التفسير ما أفرد من متعلقاته كأسباب النزول والناسخ والمنسوخ ولم يذكر كثيراً أصول الدين ولا شك أنه من أعز العلوم الشرعية، وما في «التاتارخانية» عن «الكافي» في كتب الأدب اختلاف المشايخ ومنهم من قال: يقطع وفي «السراجية» لا قطع في كتاب الأشعار فيحمل ما في «الفتح» على علم الشعر بخلاف العبد الصغير ودفاتر الحساب حيث يقطع فيها، أما الصغير وهو من لا يعبر عن نفسه فلأنه مال منتفع به إن كان يمشي ويعقل أو بعرضيه أن يصير كذلك إن كان بخلافه، وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك مع أن أبا يوسف استحسن عدم القطع لأنه وإن كان مالاً من وجه لكنه أومئ من وجه، والثاني يوجب شبهة ما في

وكلب وفهد ودف وطبل وبربط ومزمار وبخيانة ونهب واختلاس وبنبش.............

ماليته، وأما دفاتر الحساب يعني أهل الديوان فلأن المقصود منها الورق لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ إذ لا يستفيد الأخذ به نفعاً ومن ذلك دفاتر التجار كما في «السراج».

قال في «البحر»: وهذا يدل على أن المراد به الذي مضى حسابه وقد قيل به كما ذكره الشمني، أما التي في الديوان المعمول بها فالمقصود علم ما فيها انتهى. وينبغي أن لا يقطع في دفاتر مباشري الأوقاف إذ المقصود علم ما فيها من جهات ونقود وردت ثم كتمت أو وزعت في لفظ مرماة ونحوها حسب ما يفعله من لا يخشى الله تعالى، (**وكلب**) ولو كان كلب صيد أو ماشية (**وفهد**) ولو في عنقهما ما يزيد على نصاب لأن جنسهما يوجد مباح الأصل، (**ودَف**) بفتح الدال وضمها ما يلعب به وهو نوعان: مدور ومربع قاله المطرزي (**وطبل**) ولو طبل غزو فيما اختاره الشهيد/ وهو الأصح وفي «الولوالجية» وهو المختار لأن صلاحيته للهو صارت شبهة [٣١٤/أ] (**وبربط**) بفتح الموحدتين وهو العود.

(**ومزمار**) وكذلك كل ما كان من آلات اللهو، أما على قولهما وهو المفتى به من أنه لا قيمة لها بدليل أنه لا ضمان على متلفها فظاهر، وأما على قول الإمام فلأن أخذها يتأول فيها الكسر نهياً عن المنكر (و) لا يقطع أيضاً (**بخيانة**) في أمانة عنده كوديعة (**ونهب**) وهو الأخذ على وجه القهر (**واختلاس**) وهو أن يختطف الشيء من يد المالك أو من بيت المال ويذهب سريعاً لما في السنن الأربعة من حديث جابر رضي الله تعالى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»[١] وما في «الصحيحين» أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر عليه الصلاة والسلام بقطعها[٢]، أجاب عنه الجمهور أنه كان لسرقة صدرت منها (**ونبش**) القبور لأخذ أكفان الموتى بعد الدفن عندهما خلافاً لأبي يوسف لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من نبش قطعناه»[٣] ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع على المختفي»[٤] وهو النباش بلغة أهل اليمن وما رواه قيل منكر أو محمول على السياسة لمن اعتاده وشمل إطلاقه ما لو كان القبر في بيت مقفل هو الأصح، وما لو سرق من تابوت في القافلة فيه الميت.

قال في «البحر»: وما لو سرق من القبر ثوباً غير الكفن انتهى. وفي شمول

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٤٤٨)، والنسائي في سننه (٤٩٧١)، وأبو داود في سننه (٤٣٩٢)، وابن ماجه (٢٥٩١).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٨)، وأبو داود في سننه (٤٣٧٤).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٦٦).

(٤) ذكره ابن حجر في الدراية (٢/١١٠).

ومال عامة أو مشترك ومثل دينه وبشيء قطع فيه ولم يتغير..........

الإطلاق لهذا نظر ظاهر وأشار إلى أنه لا يقطع لو سرق من البيت الذي فيه القبر مالاً آخر غير الكفن لتأوله زيارة القبر أو سرق من بيت فيه الميت لتأول تجهيزه، (و) لا يقطع أيضاً في (**مال عامة**) وهو المال الموضوع في بيت المال لأنه منهم، وإذا احتاج ثبت له الحق بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود بها تدرأ (**أو مشترك**) بينه وبين غيره لأن ثبوت ملكه في بعضه شبهة قوية.

وأما مال الوقف فقال في «البحر»: لم أَرَ من صرح به ولا يخفى أنه لا يقطع به وقد عللوا عدم القطع فيما لو سرق حصير المسجد بعدم المالك فكذا هنا انتهى. ولو قيل: إن كان الوقف على العامة فما له كبيت المال، وإن كان على أقوام محصورين فلعدم المالك حقيقة لكان حسناً وفي «السراج» لو أوصى له بشيء فسرقه قبل موت الموصي قطع وإن بعد الموت وقبل القبول لا يقطع انتهى. والظاهر أنه بعد الموت لا فرق في عدم القطع بين كون الموصى به مفرداً كثوب أو لا كثلث ماله (و) لا يقطع أيضاً في السرقة من مدينة (**مثل**) جنس (**دينه**) لأنه استيفاء بحقه ولا يعتبر المماثلة في القدر ولا في الوصف فلا يقطع بسرقة الزائد والأجود، وخرج ما لو سرق خلاف جنسه كالعرض والحلي فإنه يقطع لأنه استبدال ولا يتم إلا بالتراضي وعن هذا قال بعض المشايخ: إنّه يقطع فيما لو كان له دراهم فأخذ دنانير وقلبه والأصح أنه لا يقطع لأن النقدين جنس واحد حكماً ولذا كان للقاضي أن يقضي بهما دينه بغير رضاه ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة، وعن الثاني أنه لا يقطع في غير الجنس أيضاً لأن له أخذه عند بعض العلماء كابن أبي ليلى والشافعي قضاء عن حقه أو رهناً به.

قلنا: هذا قول لم يسند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر. وفي «المجتبى» وما قالاه أو سمع ويجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهباً فإن الإنسان يعذر في العمل به عند الضرورة انتهى. قال الحدادي: والتوفيق بين القولين أن يحمل قول من قال بالقطع على من لم يعرف الخلاف السابق ومن قال بعدمه على من يعرف ولا خلاف أنه لو قال: أخذتها رهناً بديني أو قضاء لا يقطع ولو سرق من غريم أبيه أو ولده الكبير أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون قطع إلا أن يسرق من غريم ابنه الصغير، ولو سرق العبد والمكاتب من غريم المولى قطع، وفي «السراج» لو سرق ما اشتراه في مدة الخيار أو الموصى له بعد موت الموصى قبل القبول لم يقطع بخلاف ما لو سرقه قبل موت الموصى، (و) لا يقطع أيضاً (**بشيء**) أي: بسرقة شيء (**قطع فيه و**) الحال أنه (**لم يتغير**) استحساناً لأن القطع أوجب سقوط عصمة المحل وبالرد إلى المالك، وإن عادت حقيقة العصمة

ويقطع بسرقة الساج والقنا والأبنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ والأواني والأبواب المتخذة من الخشب ومن سرق من ذي رحم محرم...........

لكن بقيت شبهة السقوط لاتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه قيد بعدم التغير لأنه لو تغير بإحداثه صنعة فيه كسبحه بعد رده قطع لانتفاء الشبهة/ [٣١٤/ب] الناشئة من اتحاد المحل وفي «كفاية البيهقي» إمام الحنفية سرق ثوباً فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لأنه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يكن في حكم عين أخرى ولو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه قطع عند مشايخ بخارى، وقال مشايخ العراق: لا يقطع، كذا في «الفتح».

ولو باعه لغيره فسرقه من المشتري هل يجري فيه الخلاف السابق؟ لم أره، وفي «شرح الطحاوي»: لو جعل المالك الذهب والفضة المقطوع بها إناء أو دراهم لا يقطع بسرقتها عند الإمام لأن العين لم تتغير عنده، وقالا: يقطع لأنها تغيرت، وهذا يؤيد ما قاله مشايخ العراق لأنه إذا كان بالصنعة لم يتغير فبالبيع أولى، (**ويقطع لسرقة الساج**) شجر عظيم جداً تعلوه حمرة صلب كالحجر ولا يوجد كالأبنوس إلا بالهند، (**والقنا**) بالقصر جمع قناة خشب الرماح وألفه منقلبة عن الواو (**والأبنَوس**) بفتح الباء فيما سمع معرب، (**والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ**) والعود والمسك والزعفران والعنبر لأن هذه الأشياء من أعز الأموال وأنفسها (**و**) لم يذكر العاج لأنه لا قطع فيه كما في «الاختيار» ما لم يحدث فيه صنعة، كذا يقطع في (**الأواني**) كالقصاع (**والأبواب**) الموضوعة في الحرز إذا كانت حقيقة (**المتخذة من الخشب**) لأنها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة.

فصل في الحرز

قدم ما يقطع فيه وما لا يقطع على الحرز لأنه كلامٍ في ذاته وثنى بالحرز لأنه خارج، وهو لغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء، وشرعاً ما يحفظ فيه المال عادة كالدار وإن لم يكن لها باب أو كان وهو مفتوح لأن البناء لقصد الإحراز والحانوت والخيمة والشخص نفسه، والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً ثم الإخراج منه شرط، ولم يثبت عن أحد من أهل العلم خلافه فكان كالإجماع عليه، وقد ثبت أنه لا يقطع في أقل من النصاب فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الأمور الإجماعية (**ومن سرق من ذي رحم محرم**) ماله أو مال غيره لم يقطع، أما في قرابة الولاد فللإذن بالدخول في الحرز مع البسوطة في المال، وأما في غيرهم كالأخ والأخت فلإلحاقهم بقرابة الولاد بجامع الإذن بالدخول في الحرز، وأيضاً فالرحم المحرم يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه، كذا في

منه لا برضاع ومن زوجته وزوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم..

«الكافي» إلا أن هذا الوجه قد يعكر عليه ما قالوه من أنه لو سرق مال ذي الرحم من بيت غيره فإنه يقطع اعتباراً للحرز مع أن في القطع القطعية موجودة قال في «الفتح»: وأجاب في «البحر» بأن القطع حق الله تعالى فلا يكون قطعية انتهى. وأنت خبير بأن هذا مشترك الإلزام أن يجوز أن يقال بالقطع فيما إذا سرق من بيت ذي الرحم المحرم ولا يلزم القطعية لأنه حق الله تعالى، نعم قال الشارح: ينبغي أن لا يقطع في الولاد للشبهة في ماله على ما مر (**لا برضاع**) يعني إذا كانت المحرمية برضاع يقطع كما إذا سرق من أبيه أو ابنه أو أخيه رضاعاً، وقول الشارح هذا لا حاجة إلى إخراجه إذا لم يدخل في الرحم المحرم، رده العيني بجواز أن يكون رحماً من النسب ومحرماً من الرضاع فيحتاج إلى إخراجه انتهى. وذلك كابن العم الذي هو أخوه رضاعاً وهو الحق وهذا لأن الرحم لا يكون إلا نسباً، وأما المحرم فقد يكون من الرضاع أيضاً فأخرجه فكأنه قال محرم نسبي.

(و) كذا لا يقطع فيما إذا سرق (**من زوجته**) ولو من وجه كالمبانة في العدة، (و) كذا إذا سرقت هي (**زوجها**) للإذن في الدخول عادة فاختل الحرز ولا فرق بين كونه زوجها وقت السرقة أو لم يكن لكنه صار زوجاً قبل القضاء، وكذا لو تزوجها بعد القضاء عندهما خلافاً لأبي يوسف ولو سرق أحدهما من الآخر فطلقها قبل الدخول لم يقطع أيضاً، (و) كذا لا يقطع العبد مدبراً كان أو مكاتباً أو مأذوناً أو كانت أم ولد لو سرق من (**سيده أو زوجته**)، أي: زوجة سيده لما قلنا من اختلال الحرز للإذن بالدخول، وعن ابن عمر أنه جيء له بعبد سرق من امرأة سيده فقال: «عبدكم سرق من امرأتكم لا قطع عليه»[1]، (و) كذا لا يقطع السيد إذا سرق من (**مكاتبه**) بلا خلاف لأن له حقاً في إكسائه، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبة.

(و) كذا إذا سرق من (**ختنه**) وهو زوج كل ذي رحم محرم منه (**وصهره**) وهو كل ذي رحم محرم من امرأته عند الإمام وقالا: يقطع لعدم الشبهة في ملك البعض / [٣١٥/أ] لأنها تكون بالقرابة وهي منتفية وله أن العادة جارية في دخول بعضهم منازل البعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة في الحرز وتأخير الشيخ لدليله مؤذن بترجيحه والخلاف مقيد بما إذا كان البيت للحي فإن كان للميت لا يقطع اتفاقاً، والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع وعلى هذا الخلاف ما لو سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة، (و) كذا لا يقطع إذا سرق (**من مغنم**) لما في مصنف عبد الرازق عن

---

(١) ذكره ابن قدامة في المغني (١٠/ ١٨٨).

وحمام وبيت أذن في دخوله لم يقطع ومن سرق من المسجد متاعاً وربه عنده.........

علي أنه سقط عنه القطع وقال: إنّ له نصيباً[١]. قال في «الحواشي السعدية»: وهذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة في «مختصر القدوري» و«شرح الطحاوي» فلا بد من تعليل آخر انتهى. وفي «غاية البيان» ينبغي أن يكون المراد من السارق من له نصيب فيها، أما من لا نصيب له فيقطع اللهم إلا أن يقال إنّه مباح الأصل وهو على صورته لم يتغير فصار شبهة، وفي كلام المصنف ما يومئ إلى اعتبار الإطلاق حيث قدم أنه لا قطع في المال المشترك وإذا كان له حق فيه كان من المشترك فذكره هنا ليس إلا لإفادة التعميم.

واعلم أن ما مر من التعليل في المكاتب والمقيم ففيه أن المناسب ذكرهما في الفصل السابق عند قوله: ولا من بيت المال لا في هذا الفصل، والظاهر أنه استطرادي، (و) كذا إذا سرق من (**حمام**) لاختلال الحرز بالإذن بالدخول وسواء كان صاحبه عنده أو لا في ظاهر المذهب بخلاف ما إذا سرق من المسجد وصاحبه عنده فإنه يقطع، والفرق أن الحمام للإحراز فلا يعتبر الحافظ كالبيت، أما المسجد فإنه لم يُبنَ له فيعتبر كالطريق والصحراء وهذا الإطلاق قيده الشارح تبعاً لغيره بما إذا كان في وقت أذن فيه بالدخول، فإن كان في وقت لم يؤذن فيه قطع، (و) كذا لا يقطع فيما إذا سرق من (**بيت أذن في دخوله لم يقطع**) لما مر وذلك كالحانوت وحوانيت التجار ولو أذن لجماعة مخصوصين فدخل معهم من لم يؤذن له وسرق ينبغي أن يقطع.

واعلم أنه قد مر أنه لا بد من تحقق السرقة من كون المأخوذ محرزاً بمكان أو حافظ والأول أقوى من الثاني، ولذا لم يعتبر الحرز بالحافظ في المحرز بالمكان في الأصح، وفائدته تظهر فيما مر في الحمام، قال الطحاوي: وحرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل لا يقطع بخلاف الدابة وذكر الجلال الكرخي إنما كان حرز النوع فهو حرز للأنواع كلها، قال السرخسي: هذا هو المذهب عندنا.

وفي «المحيط» و«البدائع»: الغشاش: وهو الذي يهيأ لغلق الباب ما يفتحه إذا فشل حانوتاً أو باب دار نهاراً وليس ثمة أحد لم يقطع، وإن كان فيها أحد من أهلها وهو لا يعلم به قطع، (**ومن سرق من المسجد متاعاً**) ونحوه وهو كل مكان لم يوضع للإحراز ومنه الطريق والصحراء (**وربه**)، أي: مالكه نائماً كان أو يقظان في الأصح (**عنده**) بحيث يراه أو كان نائماً وهو تحت رأسه أو جنبه أو بين يديه وقيل: إذا كان

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٦٨) وقال أخرجه عبد الرزاق في مصنفه.

قطع وإن سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار لا وإن أخرجه من حجرة إلى الدار أو أغار من أهل الحجرة على حجرة أو نقب فدخل وألقى شيئاً في الطريق ثم أخذه أو حمله على حمار فساقه وأخرجه قطع............

بين يديه لا يقطع والأصح الإطلاق كما في «المجتبى» **(قطع)** لأنه عليه الصلاة والسلام «قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد»[1].

وعلى هذا قالوا: لو سرق المواشي من المراعي ومعها حافظ قطع، وإطلاق محمد عدم القطع محمول على عدم الحافظ ولو كان الحافظ هو الراعي، اختلف المشايخ ففي «البقالي» لا يقطع وهو الذي في «المنتقى» عن أبي حنيفة وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السارق بخلاف غيره، كذا في «الفتح» وفي «المجتبى» وكثير من المشايخ أفتوا بما قاله البقالي ولو كانت تأوي في الليل إلى بيت بني لها عليه باب مغلق فكسره وسرق منها شاة قطع، ولا يعتبر الغلق إذا كان الباب مردوداً لا أن يكون بيتاً منفرداً في الصحراء والمراح ونبه بقوله عنده إلى أنه لو كان لا يسأله لم يقطع، وقيل: يقطع حكاه في «المجتبى».

(ولو سرق ضيف مما أضافه أو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار لا) أي: لا يقطع لاختلال الحرز في الأول بالإذن، وعدم تحقق الأخذ في الثاني من كل وجه وعم إطلاقه ما لو سرق من البيت الذي/ [٣١٥/ب] أضافه فيه أو من بعض بيوت الدار ولو من صندوق مقفل، وقيد بالسرقة لأنه في الغصب يجب الضمان، وإن لم يخرجه في الأصح **(وإن أخرجه)** أي: المسروق **(من حجرة إلى)** صحن **(الدار)** أراد الدار الكبيرة التي بها حجر ومنازل وفي كل حجرة مقصورة وهو ما كان يستغنى به عن الانتفاع بصحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون الإخراج إليه كالإخراج إلى السكة فيقطع، وبه تغاير المسألة ما قبلها **(أو أغار)** رجل **(من أهل الحجرة على حجرة)** أخرى يقال أغار الفرس في العدو إذا أسرع أي سرق منها شيئاً بسرعة **(أو نقب)** السارق البيت **(فدخل وألقى شيئاً في الطريق)** يساوي نصاباً ولم يقيده به لما مر **(ثم أخذه)** قطع عندنا خلافاً لزفر، لأن الإلقاء غير موجب للقطع، فكذا الأخذ من السكة قلت: الرمي خصلة يعتاده السارق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ للقتال والفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل واحداً، والخلاف مقيد بما إذا رماه بحيث يراه فإن رماه بحيث لا يراه فلا يقطع، وإن أخذه لأنه جعل مستهلكاً له على هذه الصفة قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه، كذا في «السراج» قيد بأخذه له لأنه لو لم يأخذه أو أخذه غيره كان مضيعاً لا سارقاً **(أو حمله)**، أي: ذلك الشيء **(على حمار فساقه وأخرجه)** أي: علق رسنه في عنق كلب وزجره **(قطع)** في الكل لأن سير الحمار

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٩٤)، والنسائي في سننه (٤٨٨١).

وإن ناول آخر من خارج أو أدخل يده في بيت وأخذ أو طرّ صرة خارجة من كم أوسرق من قطار بعيراً أو حملاً لا وإن شق الحمل فأخذ منه أو سرق جوالقاً فيه متاع وربه يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده في صندوق أو في جيب غيره أو كمه فأخذ المال قطع............

مضاف إليه ولو خرج بغير زجره لا يقطع، كما إذا لم يسقه وخرج بنفسه قيد بما يضاف سيره إليه لأنه لو علقه في عنق طائر فألقاه في منزل السارق فإنه لا يقطع، واختلف فيما لو وضعه في ماء وأخرجه بقوة جريه والأصح أنه يقطع لأنه أخرجه بسببه، كذا في «النهاية» ويشكل عليه ما مر من مسألة الطائر ولذا - والله أعلم - جزم الحدادي بأنه لا قطع ولم يحك غيره ولا كلام أنه لو أخرجه بتحريكه لضعف الماء قطع، (**وإن ناوله**)، أي: ناول المسروق بعد ما دخل الدار رجلاً (**آخر خارج**) الدار لم يقطع واحد منهما أما الداخل فلأنه لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة في المال قبله، وقالوا: لو أخرج يده فناوله غيره لا قطع أيضاً، ولم يذكر محمد ما لو صفه في النقب ثم خرج وأخذه، والصحيح أنه لا يقطع كما في «الفتح».

وأما الخارج فإن أدخل يده فيه قطع وإلا لا، وجعل الشارح هذا رواية عن الثاني (**أو أدخل يده في بيت وأخذ**) المتاع لقول علي «لا قطع على السارق الظريف»[1] وفسره بهذا قيد بالبيت لأنه لو أدخل يده في الجوالق أو الصندوق قطع لعدم إمكان دخوله فيها (**أو طر**) شق (**صرة**) وهي الخرقة التي يشد فيها الدراهم يقال صررت الدراهم أصرها صراً شددتها والمراد هنا الكم المشدود التي فيها الدراهم، ولذا قال: (**خارجة من كمه**) وإنما لا يقطع لعدم هتك الحرز بخلاف ما لو كانت من داخل فإنه يقطع لهتكه، ولو كان مكان الطر حل الرباط انعكس الحكم وبهذا ظهر أن ما أطلقوه في الأصول من أن الطرار يقطع إنما يتأتى على قول أبي يوسف فإنه قال: يقطع على كل حال نبه عليه في «الفتح» (**أو سرق من قطار**) وهو الإبل إذا كانت على نسق واحد والجمع قطر (**بعيراً أو حملاً**) عليه (**لا**) يقطع جواب لكل وإنما لا يقطع في البعير والحمل سواء كان معه سائق أو قائد أو راكب أولاً لعدم الحرز، إذ هؤلاء إنما يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ حتى لو كان ثمة من يحفظ قطع، (**وإن شق الحمل وأخذ منه أو سرق جُوالقاً**) بضم الجيم (**فيه متاع وربه**)، أي: والحال أن ربه عنده (**يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده في صندوق أو**) أدخل يده (**في جيب غيره أو كمه وأخذ المال قطع**) لوجود السرقة من الحرز.

---

(١) لم أجده.

تقطع يمين السارق من الزند وتحسم..........

تتمة: نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئاً إلا في الليلة الثانية إن كان ظاهراً أو علم به رب المنزل ولم يسده لم يقطع، وإلا قطع ولو سرق مالاً من حرز فدخل آخر وحمل السارق بما معه قطع المحمول خاصة ولا عبرة للحامل ولو أخرج شاة من حرز قيمتها دون نصاب فتبعتها أخرى لم يقطع، ولو أخرج نصاباً من حرز مرتين فصاعداً إن تخلل بينهما إطلاع المالك فأصلح النقب أو أغلق الباب فالإخراج الثاني سرقة أخرى، كذا في «السراج».

فصل في كيفية القطع / وإثباته

[٣١٦/أ]

لما فرغ من بيان ما به يجب القطع شرع في بيان كيف يكون وهل يتكرر إلى أربع مرات؟ وهل يثبت مع الشبهة أو يسقط؟ (**تقطع يمين السارق**) لقراءة ابن مسعود «فاقطعوا أيمانهما»[١] وهي مشهورة فيجوز تقييد المطلق بها (**من**) مفصل (**الزند**) وهو الرسغ، قال الجوهري: الزند هو موصل طرف الذراع وهما زندان الكوع والكرسوع، فالكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر، وخصه لأنه المتوارث من فعله عليه الصلاة والسلام (**وتحسم**) أي: تكوى بزيت مغلي ونحوه بالحاء المهملة، قال الجوهري: حسمته قطعته فانحسم ومنه حسم العرق وفي الحديث «أتي بسارق فقال احسموه واكووه بالنار لينقطع الدم» ذكره في «الحاوي» وتبعه في «القاموس» وفي «المغرب» من باب الجامع السين الحسم قطع الشيء استئصالاً وذكره في الحديث ومعناه ما مر ثم أجر الحسم وثمن الزيت على السارق كما في «الذخيرة» لأنه سببه منه.

قال في «الفتح»: وقول صاحب «الهداية» لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف يقتضي وجوبه وجوب الحسم، والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه يستحب فإن لم يفعل لم يأثم، ويسن تعليق يده في عنقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به رواه أبو داود وابن ماجة[٢] وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت عنه ﷺ في كل من قطعه ليكون سنة وقد قالوا: إنّه لا يقطع في الحرّ الشديد ولا في البرد الشديد بل يجلس حتى يتوسط الأمر في ذلك، كذا في «السراج» وفيه فرع: إذا كان للسارق كفان في معصم واحد قيل: يقطعان جميعاً، وقيل: إن تميزت الأصلية وأمكن

---

(١) أخرجه الطبري في تفسيره (٦/ ٢٢٨).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤١١)، وابن ماجه في سننه (٢٥٨٧).

ورجله اليسرى إن عاد فإن سرق ثالثاً حبس حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو إصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه..

الاقتصار على قطعها لم تقطع الزائدة وإلا قطعت وهو المختار فإن كان يبطش بأحدهما قطعت الباطشة، فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى ولا تقطع هذه الزائدة (و) يقطع (**رجله اليسرى**) من الكعب عند أكثر أهل العلم (**إن عاد**) إلى السرقة لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن عاد فاقطعوه»[١] وعليه الإجماع (**فإن سرق ثالثاً حبس حتى يتوب**) وتظهر عليه علامة الصلاح، لأن علياً حج الصحابة بقوله: «إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها»[٢] فكان إجماعاً.

(و) ما جاء (**من قطع**) يده اليسرى في الثالثة ورجله اليمنى في الرابعة طعن فيه الطحاوي وبتقدير ثبوته فهو محمول على السياسة بدليل أنه قال في الخامسة: فإن عاد فاقتلوه ومن ثم قال في «الفتاوى السراجية»: إنَّ للإمام قتله سياسة، وأما قتله ابتداء فليس من السياسة في شيء، قال في «السراج»: ويعزر أيضاً أي بالضرب كما في «المجتبى» (**كمن سرق**) أي: كما لا يقطع بل يحبس حتى يتوب من سرق (**وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو إصبعان منها سواها**) أي: سوى الإبهام لأن القطع حينئذ تفويت جنس المنفعة بطشاً وذلك إهلاك وفوت الإصبعين منها يقوم مقام الإبهام في نقصان البطش بخلاف فوات واحد غير الإبهام، قيد باليسرى لأن اليمنى لو كانت شلاء أو ناقصة الأصابع قطع في ظاهر الرواية لأن استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز (**أو رجله اليمنى**) أي: والحال أن رجله اليمنى (**مقطوعة**) لا تقطع اليسرى لأن في القطع تفويت جنس المنفعة مشياً قيد بقطع اليمنى لأن المقطوع لو كان هو الأصابع منها فإن استطاع المشي قطعت، كما في «السراج» وفيه لو سرق سرقة فلم يؤاخذ بها حتى قطعت يمينه قصاصاً قطعت رجله اليسرى (**ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه**) بأن أمره الحاكم بقطع اليمنى فقطع اليسرى عمداً كان أو خطأ غير أنه يؤدب، وهذا عند الإمام وقالا: إنّه يضمن في العمد أرش اليسار وقال زفر: يضمن مطلقاً.

وأجمعوا أنه لو قال: اقطع هذا فقطع يساره لم يضمن وأن السارق لو أخرج يساره وقال: هذا يميني فقطعها لا يضمن، والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد من

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/١٨٦).

وطلب المسروق منه شرط القطع ولو مودعاً أو غاصباً أو صاحب الربا ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم...........................

القاطع في أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظراً إلى إطلاق النص، أما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار فلا يجعل عفواً لأنه بعيد يتهم به مدعيه وقيل: يجعل عفواً.

قال في «المصفى»: وهو الصحيح والقياس ما قاله زفر وفرقا بأنه في العمد قطع يداً معصومة بغير حق ولا تأويل غير أنه لا يقطع للشبهة، ولأبي حنيفة أنه وإن تلف ظلماً لكنه أخلف من/ جنسه ما هو خير له وهو اليمين إذ قوة البطش بها أتم، وإنما [٣١٦/ب] قلنا: أخلف لأن اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة بخلاف ما لو قطع رجله اليمين فإنه وإن امتنع به قطع يده لكنه لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة، وفي قطع رجله اليسرى لم يعوضه شيئاً أصلاً قيد بالأمر لأنه لو قطعه قبل الأمر والقضاء كان عليه القصاص في العمد، والدية في الخطأ والقضاء بالقطع كالأمر به في الأصح، ولو قطعه غير الحداد فلا ضمان عليه أيضاً وهو الأصح.

واختلف المشايخ هل هذا القطع يقع حداً؟ قيل: نعم فلا ضمان على السارق لو استهلك العين وقيل: لا فيضمن في العمد والخطأ (**وطلب المسروق منه**) المال المسروق من السارق (**شرط القطع**)، لأن الخصومة شرط لظهورها فلا فرق في ظاهر الرواية عن أصحابنا في ذلك بين ثبوتها بالبينة أو بالإقرار، وعن الثاني أنه قال: أقطعه بالإقرار، كذا في «غاية البيان» وما في «الشرح» عن «البدائع» أنه يقطع استحساناً يوافق ما عن الثاني، ولفظ الاستحسان لم يوجد في «البدائع» وإنما الذي فيها.

قال أبو حنيفة: الدعوى شرط في الإقرار وقال أبو يوسف: ليست بشرط له، لكن أشار الشمني أنه لا بد من الطلبين وأن أحدهما لا يكفي، والظاهر ما جرى عليه الشارح وغيره من الاكتفاء بدعوى المال إذ القطع محض حق الله تعالى، قال في «الكشف الكبير»: ولهذا لا يملك الدعوى به وإثباته ولا العفو عنه بعد وجوبه ولا يورث عنه (**ولو**) كان المسروق منه (**مودعاً**) شروع في بيان من يلي المطالبة التي قدم أنها شرط وأنها لكل من كان له يد صحيحة، سواء كان المالك حاضراً أو غائباً كما في «السراج» كما إذا كان مودَعاً بفتح الدال أو مستعيراً أو مضارباً أو مبضعاً أو متولياً أو أباً أو وصيّاً (**أو غاصباً**) أو مرتهناً أو قابضاً على سوم الشراء أو بشراً فاسداً (**أو صاحب الربا**) بأن باع عشرة بعشرين وقبضها فسرقت منه، كذا فسره الشهيد وغيره لأنه ملكه بعقد فاسد فكان في يده بمنزلة المغصوب.

وفي «الخانية» لو وجد اللفظة في يد غيره ليس له أن يخاصمه في ردها بخلاف الوديعة، لأن الثاني في اللفظة كالأول وليس هو كذلك في الوديعة انتهى.

وعلى هذا فلا يقطع بسرقتها (**ويقطع بطلب المالك**) المسروق (**لو سرق منهم**) أي:

لا بطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع ومن سرق شيئاً ورده قبل الخصومة إلى مالكه........................

الثلاثة إذ الحضور إنما هو شرط ليظهر أن المسروق ليس ملكاً للسارق وهو حاصل بخصومة المالك، وعن محمد أنه لا بد من حضور المسروق منه، والظاهر للأول وعلى هذا الخلاف لو حضر الراهن فقط قطع في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة عن محمد أنه لا بد من حضور المرتهن أيضاً إذ هو متهم، واعلم أن ظاهر كلامه يفيد أنه يقطع بخصومة معطي الربا دون صاحب الربا لأن المال في يده بمنزلة المغصوب كما مر.

قال في «الفتح»: للمغصوب منه الخصومة إلا أن المسطور في «السراج» أنه لا يقطع بخصومة معطي الربا لأنه لا ملك له فيه ولا يد، تبعه الشمني ولم أرَ من نبه عليه فتدبره، ثم القطع بخصومة الراهن وحده مقيد بما إذا كانت قائمة وقد قضى الدين، أما إذا لم يقضه أو استهلك السارق العين فلا يقطع بخصومته لأنه قبل الإيفاء إلى حق له في المطالبة بالعين وبالاستهلاك صار المرتهن مستوفياً لديْنِه، قال الشارح: وينبغي أن يقطع بخصومته فيما إذا زادت قيمة الرهن على دينه بما يبلغ نصاباً لأن له المطالبة بما زاد كالوديعة، وارتضاه في «فتح القدير»، وهو المذكور في «غاية البيان» (**لا**) يقطع (**بطلب المالك، والسارق لو سرق من سارق بعد القطع**) لأنها إنما توجب القطع إذا كانت من يد مالك أو أمين أو ضمين ولا وجود لشيء من ذلك هنا، وهذا لأن المال غير متقوم بعد القطع في حق الأول بدليل أنه لا يجب عليه الضمان بهلاكه قيد بما بعد القطع لأنه قبله يقطع بخصومة الأول كالغاصب، وذكر الطحاوي أنه لا يقطع والمشهور الأول، كذا في «السراج» وهو الحق كما مر ثم بعد القطع ليس للأول ولاية الاسترداد في رواية وفي أخرى له ذلك.

قال في «الفتح»: والوجه أن القاضي لا يرده لواحد منهما لظهور خيانتهما/ بل [٣١٧/أ] إلى المالك إن كان حاضراً وإلا حفظه كما يحفظ أموال الغائب، (**ومن سرق شيئاً فرده قبل الخصومة**)، أي: الدعوى والشهادة المترتبة عليها أو الإقرار (**إلى مالكه**)، لم يقطع في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة لأن الخصومة شرط القطع ولا يتحقق بعد الرد قيد بالرد قبل الخصومة لأنه لو ردها بعدها سواء قضى القاضي بالقطع أو لا فإنه يقطع، ولا فرق في الرد قبلها بين أن يكون ليد المالك أو ليد أصوله، وإن لم يكونوا في عياله أو فروعه أو لذي رحم محرم منه كأخيه وخاله إن كانوا في عياله أو زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو المسمى بغلامه أو مسانهة، وكذا لو سرق من المكاتب ورد إلى سيده أو من العيال ورد إلى من يعولهم، أما الغاصب فلا يبرأ بالرد

أو ملكه بعد القضاء أو ادعى أنه ملكه أو نقصت قيمته من النصاب لم يقطع ولو أقرا بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة إلى المسروق منه.................

إلى من ذكر (**أو ملكه**) أي: المسروق (**بعد القضاء**) بأي سبب كان غير أنه في الهبة يشترط التسليم لأن الإمضاء في الحدود من القضاء وقد طرأ ما يوجب فقد شرطه وهو انقطاع الخصومة، (**أو ادعى**) السارق (**أن المسروق ملكه**) وإن لم يثبت لأن الشبهة دارئة للحد فتتحقق لمجرد الدعوى بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار (**أو نقصت قيمته**)، أي: المسروق (**من النصاب لم يقطع**) في الكل، ووجه الرابعة أن كمال النصاب شرط فيشترط وجوده عند الإمضاء لما مر، ولا فرق بين كون النقص في بلد أو بلدين حتى لو سرق في بلد ما قيمته نصاب وأخذ في أخرى فإذا القيمة أنقص لم يقطع قيد بنقصان القيمة لأنه يقطع مع نقصان العين لأنها مضمونة عليه فكمل النصاب بالدين.

أما نقصان السعر فغير مضمون (**ولو أقرا بسرقة فقال أحدهما**) ولو بعد القضاء قبل الإمضاء، (**هو مالي**) مثال والمراد ادعى شبهة مسقطة للقطع (**لم يقطعا**) لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في الآخر ولو أقر أنه سرق وفلان فأنكر فلان قطع المقر (**ولو سرقا وغاب أحدهما وشهدا**) أي: شهد اثنان (**على سرقتهما قطع الآخر**) وهو الحاضر، هذا ما رجع إليه الإمام لأن سرقة الحاضر تثبت بالحجة فلا يعتبر الموهوم وهو دعوى الغائب شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر (**ولو أقر عبد**) مكلف ولم يقيد به استغناء بقوله (**بسرقة قطع**) لأن إقراره بالحدود الخالصة صحيح نظراً إلى آدميته ولا تهمة تعتريه ثم يتعدى إلى المالية (**وترد السرقة إلى المسروق منه**) سواء كان العبد مأذوناً له أو محجوراً عليه.

وقال أبو يوسف: إن كان محجوراً عليه والمال قائم قطع، وكان المال للمولى إلا أن يصدقه المولى أنه للمسروق منه وقال محمد: لا يقطع والمال للمولى إلا أن يصدقه، والخلاف مبني على أن القطع أصل والمال تبع أو كل منهما أصل أو المال فقطع قال الإمام بالأول والثاني بالثاني ومحمد بالثالث والكل روايات عن الإمام، وأشار بالرد إلى بقائها فلو استهلكها لم يضمن ويقطع اتفاقا، ولو كان صغيراً لم يقطع ويرد المال إن كان قائماً وكان مأذوناً وإن هالكاً يضمن وإن محجوراً يرد المال إن قائماً ولا ضمان عليه لو هلك ولو كان صرفه المولى فكذلك، ولا ضمان عليه لو كان هالكاً ولو بعد العتق، كما في «الفتح».

وأشار بالإقرار إلى أنها لو ثبتت عليه بالبينة كان الحكم كذلك بالأولى غير أنه يشترط حضرة المولى عند إقامة البينة عندهما خلافاً للثاني، وأجمعوا أنها غير شرط

ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائماً ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئاً ولو شق ما سرق في الدار ثم أخرجه قطع.........................

في الإقرار (**ولا يجتمع قطع وضمان**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه»[1] (**وترد العين**) المسروقة و(**لو قائمة**) لبقائها على ملك المسروق منه ولذا لا يحل له الانتفاع بها، ولو خاطها قميصاً لم يحل لبسه وتصرف السارق فيها ببيع وهبة غير صحيح بلا خلاف قيد بقيامها لأنها لو هلكت لم يضمنها، وكذا لو استهلكها في ظاهر الرواية إلا أنه يفتي بأداء قيمتها وإن لم يقبض بها عليه، وسواء كان الاستهلاك قبل القطع أو بعده.

وفي «الكافي» لو طلب المالك قبل القطع تضمينه لم يقطع عندنا وإن اختار القطع قطع ولا يضمن في «المجتبى» لو استهلكها غيره بعد القطع لم يضمن لأحد، وكذا لو هلكت في يد المشتري أو الموهوب له ولو استهلكها المشتري فللمالك تضمينه انتهى. فيحتاج إلى الفرق بين الأجنبي والمشتري، وفي «السراج» لو استهلكها غيره بعد القطع كان للمسروق منه أن يضمن المستهلك قيمته انتهى. وهذا بالقواعد / أليق وعليه فلا يحتاج إلى الفرق. [٣١٧/ ب]

(**ولو قطع لبعض السرقات**) سواء كانت لجماعة أو لواحد، تعددت سرقته منه فخاصمه في البعض (**لا يضمن شيئاً**) عند الإمام، وقالا: يضمن ما لم يقطع فيه إذ لا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولم توجد في غير ما قطع فيه، وله أن مبنى الحدود على التداخل فالواجب بالكل قطع واحد، والخصومة شرط لظهورها عند الحاكم فإذا كان الحكم الثابت في نفس الأمر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن الأسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها، وهو ملزوم لسقوط ضمان كلها في نفس الأمر علم القاضي أو لم يعلم، وأجمعوا على أن الكل لو حضروا وقطع بخصومتهم لم يضمن شيئاً.

(**ولو شق**) السارق (**ما سرقه في الدار ثم أخرجه**) وهو يساوي نصاباً بعد الشق (**قطع**) عندهما، وقال أبو يوسف: لا يقطع، وقيل: هذه رواية عنه، قيد بالدار لأنه لو شقه بعد الإخراج قطع اتفاقاً، وإن كان بعده لا يساوي نصاباً لم يقطع اتفاقاً ومحل الخلاف ما إذا شقه فاحشاً وهو ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة على الأصح، واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب قطع عندهما خلافاً له، أما إذا اختار تضمين القيمة وترك الثوب فلا قطع اتفاقاً.

أما اليسير وهو ما يتعيب به فقط فيقطع فيه اتفاقاً، له أن السرقة ما تمت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك إذ بالخرق الفاحش ثبت الملك له، ولهما أن

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ١٨٢) رقم (٢٩٦).

ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن ولو أسود يرد.

باب قطع الطريق

الشق ليس بسبب للملك شرعاً وإنما هو سبب للضمان، وثبوت الملك ضرورة أداء الضمان، واختلف المشايخ في ضمان النقصان مع القطع ففي «الخبازية» الصحيح أنه لا يضمنه كيلا يجتمع القطع والضمان.

قال في «الفتح»: والحق ما في عامة الكتب الأمهات أنه يضمنه، (**ولو سرق شاة فذبحها فأخرجها لا**) أي: لا يقطع ولو ساوت نصاباً بعد الذبح لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومعلوم أنه يضمن قيمتها (**ولو صنع المسروق**) من الفضة والذهب وقد بلغت قيمته نصاباً (**دراهم أو دنانير قطع وردها**) على مالكها عند الإمام خلافاً لهما، والخلاف مبني على أنه لا ينقطع حق المغصوب منه بذلك عنده خلافاً لهما، وقيل: لا يقطع عندهما قيد بالنقدين لأن نحو النحاس لو جعله أواني فإن كانت تباع عدداً فهي للسارق اتفاقاً وإن وزناً فعلى الاختلاف.

(**ولو**) سرق ثوباً ثم (**صبغه**) صبغاً (**أحمر فقطع لا يرده**) أي: لا يجب عليه رده عندهما، وقال محمد: يرد الثوب ويؤخذ ما زاد الصبغ منه لأن عين ماله قائم من كل وجه، ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى بدليل أن المسروق منه لو أخذ الثوب يضمن الصبغ، وحق المالك قائم صورة لا معنى بدليل أنه غير مضمون على السارق وهو المراد بقوله (**ولا يضمن**) أي: حال استهلاكه وأفاد بالفاء أنه صبغه قبل القطع، فاقتضى أنه لو صبغه بعده رده وبه صرح في «الاختيار».

قال الشارح: ولفظ صاحب «الهداية»: وإن سرق ثوباً فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن، ولفظ محمد: سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر حينئذ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده، (**ولو**) صبغه (**أسود يرد**) الثوب عندهما وعند أبي يوسف لا يرده، والخلاف مبني على أنه زيادة عندهما ونقصان عند الإمام وبالزيادة ينقطع حق المالك عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وبالنقصان لا ينقطع والله الموفق.

باب قطع الطريق

وهو السرقة الكبرى وقدم الصغرى إما لكثرة وقوعها، أو الترقي من الأدنى إلى الأعلى كذا في «الغاية» «والدراية» وفي «الفتح» أخره لأنه ليس بسرقة مطلقة وأطلق

أخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب........................

عليه سرقة مجازاً لضرب من الخفاء وهو الإخفاء/عن الإمام ونوابه. قال في «الدراية»: [١/٣١٨] لقطع الطريق شرائط أن يكون من قوم لهم قوة وشوكة، وأن يكون خارج المصر فلا يكون في المصر أو في ما يقرب منه أو بين قريتين خلافاً لأبي يوسف، وأن يكون في دار الإسلام، وأن يكون المأخوذ قدر النصاب، وأن يكون القطاع كلهم أجانب في حق صاحب الأموال ومن أهل وجوب القطع، ولو كان فيهم امرأة ففيه روايتان في رواية تقطع وبه قالت الأئمة الثلاثة، والأصح أنها لا تقطع وأن يؤخذوا قبل التوبة فإن أخذوا بعدها ورد المال سقط عنهم الحد بلا خلاف انتهى. وذكر في آخر الباب من «المحيط» عشرة نسوة قطعن الطريق وأخذن وقتلن قتلن وضمن المال وبه قالت الثلاث، ولو كان فيهم امرأة قتلت وأخذت المال ولم تقتل الرجال تقتل الرجال دون المرأة عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد يسقط الحد عن الرجال أيضاً انتهى.

قال في «الفتح»: فظاهر الرواية أنها كالرجال وما في «المحيط» مبني على ظاهر الرواية وجعل الشارح الشرائط المختصة به عن «الصغرى» في ظاهر الرواية تبعاً للإسبيجابي ثلاثة واقتصر عليها في «غاية البيان» الشرطان الأوليان، والثالث أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر وسيأتي أن الراجح خلاف الثالث (**أخذ قاصد قطع الطريق**) وهو الواقف على الطريق لأخذ المال (**قبله**) أي: قبل أخذ المال وقتل النفس بأن لم يوجد منه سوى مجرد إخافة الطريق ولما كان مجرد القصد لا يطلع عليه أدير الحكم على أمارته وهي الإخافة فالضمير راجع إلى غير المذكور كما سيأتي في الشرح وقول العيني: هذا تعسف بل الضمير راجع إلى قطع الطريق مدفوع بأن الإخافة حال من أحوال قطاع الطريق كما هو ظاهر الآية والمتن، وعلى ما ادعاه العيني لا تكون الإخافة منه أصلاً ولم يتنبه في «البحر» إلى هذا فمشى مع العيني وعين الشارح أبصر.

(**حبس**) وعزر (**حتى يتوب**) أي: تظهر توبته بوجود أمارتها أو يموت والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ [المائدة: ٣٣] الآية أي يحاربون أولياؤه كذا قدره الجمهور وقال الزمخشري: أي يحاربون رسوله ومحاربة المسلمين في حكم محاربته وذكر اسمه تعالى تعظيماً وتفخيماً وقيل: هو المخالفة لأحكامهما وعلى هذه الأوجه لا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

قال الشمني: وقال في «الفتح»: سمي قاطع الطريق محارباً لله لأن المسافر معتمد عليه فمن أزال أمنه حارب من اعتمد عليه في تحصيل أمنه، وهو على حذف مضاف أي: يحاربون عباد الله وهي أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم

وإن أخذ مالاً معصوماً قطع يده ورجله من خلاف وإن قتل قتل حداً وإن عفا الولي وإن قتل وأخذ قطع وقتل وصلب أو قتل أو صلب...

يثبت بالقطع على الكافر الذمي، وأما محاربته لرسوله فإما باعتبار عصيان أمره أو باعتبار أنه الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه، فإذا قطع الطريق الذي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه انتهى.

وأنت خبير بأن محاربة رسوله إذا كان باعتبار عصيان أمره أو باعتبار أنه الحافظ فمحاربته تعالى كذلك فما الداعي إلى حذف المضاف حينئذ؟ وظاهر أن المراد توزيع أنواع الجزية على أنواع الجنايات إذ العمل بالإطلاق يقتضي أنه يجوز أن يترتب على أغلظها أخف الجزية وهذا مما تدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف بالأخف، بدأ المصنف فيما إذا أخاف الطريق فقط وأشار إلى أن المراد بالنفي في الآية الحبس إذ ظاهره وهو النفي من وجه الأرض لا يعمل به، والحمل على بعضها لا يحصل به المقصود فقلنا بمجازه وهو الحبس، (**وإن أخذ مالاً معصوماً**) بأن كان لمسلم أو ذمي فخرج ما لو كان لحربي مستأمن ولا بد من أن يصيب كل واحد نصاباً ولم يذكره اكتفاء بما مر في السرقة (**قطع يده ورجله من خلاف**)، نصب على الحال أي: مختلفة وتعيين اليمنى واليسرى بالإجماع لئلا يفوت نفعه حتى لو كانت يسراه شلاء لم يقطع يمينه وكذا لو كانت رجله اليمنى شلاء لم تقطع رجله اليسرى ولو كان مقطوع اليمنى لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى.

[٣١٨/ب] (**وإن قتل**) / نفساً معصومة ولم يقيده به لأنه إذا علم التقييد به في المال ففي النفس أولى ولم يأخذ مالاً (**قتل حداً**) حقاً لله تعالى وفي «السراج» أي: سياسة لا قصاصاً (**وإن عفا الولي**) تصريح بما علم من قوله حداً وأشار به إلى أنه لا يشترط أن يكون موجباً للقصاص من مباشرة القتل والآلة لأنه وجب جزاء الجناية لمحاربته لله تعالى وهي موجودة بالقتل ولو أعانه بذلك قضى عليه الصلاة والسلام في أصحاب أبي بردة[١].

(**وإن قتل وأخذ**) المال (**قطع**) من خلاف على ما مر (**وقتل وصلب**)، بين أن الإمام مخير فيه بين ثلاثة أحوال؛ الأولى: أن يجمع بين القتل والقطع والصلب، والثانية: ما أفاده بقوله: (**أو قتل**) أي: قتله الإمام فقط، والثالثة: هي قوله (**أو صلب**)، وقال محمد: لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين وأبو يوسف معه في المشهور، وله

---

(١) لم أجده.

ويصلب حياً ثلاثة أيام ويبعج بطنه برمح حتى يموت ولم يضمن ما أخذ وغير المباشر كالمباشر والعصا والحجر كالسيف وإن أخذ مالاً وجرح قطع وبطل الجرح وإن جرح فقط أو قتل فتاب أو كان بعض القطاع غير مكلف........

أن هذه عقوبة واحدة فغلظت لاتحاد سببها وهو قطع الطريق، ثم التخيير بين الصلب وتركه ظاهر الرواية وعن الثاني أنه لا يتركه (**ويصلب حياً**) في ظاهر الرواية وهو الأصح، وعن الطحاوي أنه يقتل أولاً (**ثلاثة أيام ويبعج**) أي: يطعن (**بطنه برمح حتى يموت**) فإذا تم له ثلاثة أيام من وقت موته دفن، وعن الثاني أنه يتركه حتى يتقطع والأول هو الظاهر تحامياً عن الإيذاء للناس بتغيره بعد الثلاثة، (**ولم يضمن ما أخذ**) لما بين أن قتله بمقابلة قتله النفس المعصومة وجرحها ربما توهم أخذ المال من تركته إذا لم يقابل بشيء فبين أنه لا يضمنه وبهذا اندفع ما في «البحر» أخذاً مما في «الشرح» من أن الأولى أن يقال: ولم يضمن ما فعل لأنه لا يضمن ما قتل وما جرح، (**وغير المباشرة**) في الأخذ والقتل (**كالمباشرة**) فتجري الأحكام على الكل بمباشرة البعض وإعانة الباقين على ما مر.

(**والعصا والحجر كالسيف**) لأن قطع الطريق يقع بالكل وهذه الجملة كالتي قبلها معلومة من قوله: قتل حداً كما قدمناه وكان الأليق حذفها إلا أنه أراد زيادة الإيضاح (**وإن أخذ مالاً وجرح قطع**) من خلاف (**وبطل**) حكم (**الجرح**) لأنه باستيفاء حق الله تعالى سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كالمال، (**وإن جرح فقط**) يعني لا حد عليه فلا يسقط حق العبد بل يقتص فيما فيه قصاص أو يأخذ الأرش أو يعفو وأراد بقوله: فقط أنه لم يؤخذ ما لا يقطع فيه ولم يقتل نفساً فلا يرد ما لو جرح وأخذ ما دون النصاب أو ما يتسارع إليه الفساد بدليل قوله بعد: لم يحد.

قال الشارح: ولو كان هذا مع الأخذ قتل لم يجب الحد أيضاً لأن المقصود هنا إنما هو المال، (**أو قتل**) نفساً معصومة (**فتاب**) قبل أن يؤخذ يعني لا حد عليه للاستثناء في الآية وقد مر بل أمره إلى الأولياء إن شاؤوا قتلوه إن كان القتل بمحدد أو أخذوا الدية أو عفوا قال في «البحر» قيد بالقتل ليعلم أخذ المال بالأولى، بقي هل من تمام توبته رد المال؟ قيل: نعم وبه جزم في «الهداية».

قال في «المحيط»: ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في «الكتاب» وقد قيل: لا يسقط وقيل: يسقط وإليه أشار في «الأصل»، وفي «السراج» قالوا: لو قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام في أهله زماناً ثم قدر عليه درئ عنه الحد لأنه لا يستوفى في تقادم العهد انتهى، وبه عرف أن مجرد الترك ليس توبة بل لا بد أن تظهر عليه سماتها التي لا تخفى، (**أو كان بعض القطاع غير مكلف**) بأن كان صبياً أو مجنوناً

أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلاً أو نهاراً بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولي أو عفا ومن خنق في المصر غير مرة قتل به.

يعني لا يحدون كلهم لأن الجناية واحدة فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين كبعض العلة، وكذا لو كان فيهم أخرس ودل كلامه أن المرأة تجري عليها أحكام قطاع الطريق وقد مر، (أو) كان بعض القطاع (**ذا رحم محرم من المقطوع عليه**) هذا إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم أو لم يكن مشتركاً لكن لم يأخذه إلا من ذي الرحم، أما إذا أخذوا منه ومن غيره فقيل: إنهم يحدون نظراً للمال المأخوذ من ذلك الغير والأصح لا يحدون، (**أو قطع بعض القافلة على/ بعض**) لأن مال جميع [١/٣١٩] القافلة في حق قطع الطريق كشيء واحد إذ هو محرز بحرز واحد وهو القافلة والجناية واحدة وهو قطع الطريق فالامتناع في البعض يوجب الامتناع في الباقين فصار كسارق متاع غيره وهو معه في دار واحدة.

(**أو قطع**) شخص (**الطريق ليلاً أو نهاراً بمصر أو بين مصرين**) يعني (**لا يحد**) لأن قطع الطريق لا يتحقق في هذه الأماكن للحوق الغوث بهم عادة، وعن أبي يوسف إن قصده بالسلاح نهاراً في المصر فهو قاطع وإن قصده بشيء من الخشب ونحوه فليس بقاطع، وفي الليل يكون قاطعاً مطلقاً واستحسن المشايخ هذه الرواية وأفتوا بها، وعنه إذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يحد لأن الله تعالى أناط الحد بمحاربة عباد الله على ما مر وذلك يتحقق في المصر وخارجه ولم ينط بمسمى قطع الطريق وإنما هو اسم من الناس لم يحد جواب الكل (**فأقاد الولي**) أي: اقتص يعني ولي المقتول إن كان القتل عمداً بمحدد (**أو عفا**) إن شاء وإذا ثبت هذا في القصاص ففي المال أولى، (**ومن خنق في المصر غير مرة**) بالتشديد سماعاً لأن التفعيل للتكثير، كذا في «غاية البيان» وعلى هذا فقوله غير مرة تأكيد لكن في «الدراية» أنه بالتخفيف من خنقه إذا عصر حلقه خنقاً بكسر النون من حد دخل والخناق فاعله انتهى، وهو المشهور على الألسنة إذ التأكيد خلاف الأصل. وفي «المغرب» الخنق بكسر النون، قال الفارابي: ولا يقال بالتسكين مصدر خنقه إذا عصر حلقه والخناق فاعله والخناق بكسر الخاء وتخفيف النون ما يخنق به من حبل أو وتر أو نحوه، (**قتل به**) أي: بسبب الخنق يعنى سياسة لأنه ساع في الأرض بالفساد وكل من كان كذلك فإن شره يدفع بالقتل.

قال الشارح: ومن السياسة ما يحكى عن أبي بكر الأعمش أن من ادعى عليه بسرقة فأنكر فللإمام إذا غلب ظنه أن المال عنده أن يعاقبه ويجوز له ذلك كما لو رآه الإمام جالساً مع الفساق في مجلس الشرب أو ماشياً مع السراق وبغلبة الظن أجازوا

....

قتل النفس، كما لو دخل عليه رجل شاهر سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله، وفي إكراه «البزازية» عن الحسن بن زياد أَوَ يحل ضرب السارق حتى يقر؟ قال: لو لم يقطع اللحم لا يظهر العظم.

وفي «المحيط» من المشايخ من قال: يصح الإقرار بالسرقة مكرهاً، وفي «التجنيس» ضرب من ادعى عليه بسرقة خلاف الشرع فلا يفتى به لأن فتوى المفتي يجب أن تطابق الشرع وما في «الشرح» ينبغي أن يعول عليه في زماننا لغلبة الفساق كيف يؤتى للسارق ليلاً بالبينة؟ بل ولا في النهار ويحمل ما في «التجنيس» على زمانهم.

خاتمة: ويثبت قطع الطريق بالإقرار مرة واحدة وشرط أبو يوسف التكرار ويقبل رجوعه عنه، وبشهادة رجلين على معاينة القطع والإقرار فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على الإقرار به لم تقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أصل الشاهد وإن علا وفرعه وإن سفل، وقدمنا أن من الشرائط أن يكون القطع في دار الإسلام حتى لو قطعوا في دار الحرب على مستأمنين أو في دار الإسلام في موضع غلب فيه أهل البغي ثم أتي بهم إلى الإمام لا يمضي عليهم الحد، ويجوز للإنسان أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً ويقتل من يقاتله عليه لخبر «من قتل دون ماله فهو شهيد»[1] والله الموفق للصواب بمنه وكرمه.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤١)، والبخاري في صحيحه (٢٣٤٨).

كتاب الجهاد

الجهاد فرض كفاية..

كتاب السير

تناسب الحدود والسير من حيث اتحاد المقصود من كل منهما من حيث إخلاء العالم عن الفساد وكون كل منهما حسن لمعنى في غيره، وقدمت الحدود ترقياً من الأدنى وهو الإخلاء عن الفسق إلى الأعلى وهو الإخلاء عن الكفر، ولأنها معاملة بين أهل الإسلام غالباً أو على الخصوص والجهاد معاملة مع المشركين، والسير جمع سيرة فعلة من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته، وقد استعملت كذلك في السير المعنوي في قولهم في حق عمر بن عبد العزيز: سار فينا سيرة العمرين، ثم غلبت في لسان أهل الشرع على الطريق المأمور بها في غزو الكفار وسبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وعبر بعضهم بالجهاد وهو أيضاً أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار/ **(الجهاد)** وهو كما في «التحفة» الدعاء إلى دين [٣١٩/ب] الحق والقتال مع من لا يقبله وعرفه في «إيضاح الإصلاح» بأنه بذل الوسع في القتال في سبيل الله مباشرة أو معاونة بالمال أو بالرأي أو تكثير السواد **(فرض كفاية)** أما كونه فرضاً فلقوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ [التوبة: ٥] واعترض بأنه خص منه الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والأعمى والمقعد وخص من المشركين المستأمنين والذمي، وقيل: العام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الغرض، وأجيب بأن تخصيص الصبيان والمجانين بالأمر بالعقل فلا يقطع في قطعية النص.

وأما تخصيص البواقي فلا نسلم أنه بطريق النسخ على أنه يجوز أن تكون اللام للعهد والمعهودون هم المذكورون في قوله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم﴾ [البقرة: ١٩٠] فلا يدخل المستأمن والذمي ونحوهما في المشركين كذا في «الحواشي السعدية» ثم حكي أن إبراهيم باشا عقد مجلساً حضر فيه أكثر الموالي وكان ذلك البحث أول الجهاد فاعترض محمد بن مير شاه على قوله في «العناية» وهو دليل قطعي يعني ما مر من النص لأنه مخالف لما صرح به بعد من أنهم أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز بأن يخص منه الأسير قياساً.

وأجاب عند الحافظ العجمي بأنه يجوز أن يكون بالنسبة إلى الفاعل قطعياً وبالنسبة إلى المفعول ظنياً لما دخله من التخصيص فأفحم القائل بذلك الكلام لكنه

ابتداء إن قام به بعض سقط عن الكل وإلا أثموا بتركه........................

مردود فإن المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضاً يكفر جاحده وواجباً لا يكفر جاحده بل المعلوم من قواعد الأصول أن العام إذا دخله الخصوص سواء كان فاعلاً أو مفعولاً لا يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعياً فلا تثبت به الفرضية وأما كونه على الكفاية فلقوله تعالى: ﴿لا يستوي القاعدون من المؤمنين﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وكلاً وعد الله الحسنى﴾ [النساء: ٩٥].

قال في «الحواشي السعدية»: وهذا مبني على أن هذه الآية تأخر إنزالها عن قوله تعالى: ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ [التوبة: ٤١] يعني المفيدة لفرضية العين وهو ممنوع إذ التوبة آخر سورة نزلت انتهى. وفي «فتح القدير» الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور يعني تفسير قوله ﴿خفافاً وثقالاً﴾ [التوبة: ٤١] شباباً وشيوخاً وأغنياء وفقراء وعزاباً ومتزوجين على الكفاية والحق أن هذه الآية ونحوها لإفادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة، وأما العينية فبالإجماع أنه إعانة المظلوم انتهى. ولأنه مفروض لغيره وكل ما هو كذلك فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض وهذا القيد لا بد منه لئلا ينتقض بالنفير العام فإنه معه مفروض لغيره مع أنه فرض لعدم حصول المقصود بالبعض، وظن بعض المشايخ من جواز القعود إذا لم يكن النفير عاماً أنه تطوع في هذه الحالة وأكثرهم على أنه فرض كفاية، قال في «التاتارخانية»: وهو الصحيح.

فـــرع

من توابع الجهاد الرباط وهو الإقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والأحاديث في فضله كثيرة واختلف في محله والمختار أنه يكون في موضع لا يكون إسلام (**ابتداء**) أي: إن قتالنا فرض وإن لم يبدؤونا لعموم الأمر به وأما قوله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم﴾ [البقرة: ١٩٠] فمنسوخ (**فإن قام به قوم**) أي: حصلت الكفاية بهم ولو عبيداً أو نساء (**سقط**) وجوبه (**عن الكل**) لحصول المقصود (**وإلا**) أي: وإن لم يقم به أحد (**أثموا**) أي: الكل (**بتركه**) لأن وجوبه عليهم أجمعين.

قال في «الحواشي السعدية»: لا ينبغي أن يفهم من هذا أن الوجوب على جميع أهل الأرض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم إذ لا يندفع بقتالهم الشر عن الهنود المسلمين ويدل عليه ما في «البدائع» وينبغي للإمام أن لا يخلي ثغراً من الثغور من جماعة من الغزاة فيهم غناء وكفاية لقتال العدو فإذا قاموا به

ولا يجب على صبي وامرأة وعبد..........

سقط عن الباقين وإن ضعف أهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا إليهم وأن يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا أنه فرض على الناس كلهم فيمن هو من أهل الجهاد لكن سقط الفرض عنهم لحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لا يسقط انتهى، وسيأتي لهذا مزيد بيان (**ولا يجب**) الجهاد (**على صبي**).

[١/٣٢٠] قال الإتقاني: أما/ الصبي فلا يجب الجهاد عليه لأنه مرفوع القلم عنه ولأن طاعة أبويه واجبة عليه فلا تترك بما ليس بواجب انتهى. وفيه تدافع ظاهر وأجاب في «الحواشي السعدية» بأن مراده من الصبي ما يعم البالغ الذي له أبوان فالمعنى أنه مرفوع القلم بأن كان غير بالغ وإن كان بالغاً فطاعة أبويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه، ويدل على ذلك أنه ذكر بعده أحاديث تدل على تقديم خدمة الأبوين على الجهاد يعني إذا لم يستغنيا عنه وهذا إنما يتم في البالغ، والمجنون والمعتوه كالصبي.

وفي «الذخيرة» للأب أن يأذن للمراهق بالقتال وإن خاف عليه القتل وقال السغدي: لا بد أن لا يخاف عليه فإن خاف قتله لم يأذن له، (و) لا على (**امرأة وعبد**) لتقدم حق الزوج بإذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه تعالى وهذا الدليل خاص بأنثى لها زوج والظاهر أن التي لا زوج لها يفترض عليها كفاية أيضاً ويدل على ذلك ما في «الفتح» لو أمر الزوج والسيد به يجب أن يكون فرض كفاية لا فرض عين لأن طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وإنما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الله تعالى، قال في «البحر»: وهو في العبد مسلم أما في المرأة ففيه نظر إذ لا يجب عليها امتثال إلا فيما يرجع إلى النكاح وتوابعه.

تتمة: المديون إذا لم يقدر على إيفاء الدين لا يخرج إلا بإذن ربه فإن كان به كفيل بأمره لا بد من إذن الكفيل أيضاً كذا في «التجنيس» وهو ظاهر في أنه يخرج بغير إذن الكفيل بالنفس لأنه لا ضرر عليه إذا تعذر إحضاره عليه كذا في «البحر» ويندب أن يقيم لقضاء الدين ولو أذن له بالسفر فإن كان الدين مؤجلاً وهو يعلم أنه يرجع قبل حلوله فالأفضل الإقامة وله أن يخرج بغير إذنه.

وأقول: علل في «الخانية» ما إذا كانت بغير أمره لأنه لا حق للكفيل على المديون وهذا يقتضي أنه لا يسافر إلا بإذن الكفيل بالنفس لأن له عليه حقاً وهو تسليم نفسه إليه إذا طلب منه وقد يذهب إلى مكان بعيد فإذا طلب منه وهو عالم به يلزمه السفر إليه فيحصل له الضرر، وقد صرحوا بأن الكفيل بالنفس منعه من السفر

وأعمى ومقعد وأقطع وفرض عين إن هجم العدو فتخرج المرأة والعبد بلا إذن زوجها وسيده

قال في «منية المفتي»: ضمن عن رجل مالاً بأمره أو بنفسه فأراد الخصم أن يسافر فمنعه الكفيل.

قال محمد: إن كان ضمانه إلى أجل فلا سبيل له عليه وإن لم يكن إلى أجل فله أن يأخذه حتى يخلصه منه إما بأداء المال أو ببراءة منه، وفي كفالة النفس يرد النفس انتهى، فإن كان مؤجلاً وهو يعلم أنه يرجع قبل حلوله فالأفضل الإقامة وله أن يخرج بغير إذنه، ولو للابن أبوان كان لهما منعه إذا دخل عليهما لسفره مشقة، فإن أذن أحدهما دون الآخر لا ينبغي الخروج، والجد أب الأب والجدة أم الأم يقومان مقامهما هذا إذا كانا مسلمين، فلو كانا كافرين أو أحدهما فكرها خروجه أو الكافر فقط تحرى فإن وقع تحريه على أنها للخوف عليه لا يخرج وإن كانت لقتال الكفار خرج فإن شك ينبغي أن لا يخرج، وما سوى الأصول فإن خشي عليهم الضياع لم يخرج بغير إذنهم وإلا خرج وكذا امرأته كذا في «الذخيرة».

وأما سفر التجارة والحج فيخرج بغير إذنهما إلا أنه عند احتياجهما في سفر التجارة لا يخرج، وفي «البزازية» دلت العلة على التحاق الخروج إلى العلم بالحج والتجارة وفي «التاتارخانية» العالم الذي ليس في البلد أفقه منه ليس له الغزو (**وأعمى ومقعد**) لقوله تعالى: ﴿ليس على الأعمى حرج﴾ [النور: ٦١] إلى آخره.

قال في «الفتح»: ومثل المقعد الأعرج قاله في «ديوان الأدب» (**وفرض عين إن هجم العدو**) على بلدة من بلاد المسلمين أي: دخل بغتة بغير إذن الإمام لقوله تعالى: ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ [التوبة: ٤١] (**فتخرج المرأة والعبد بلا إذن زوجها وسيده**) لأن حقهما لا يظهر في فروض الأعيان وكذا المديون والولد يخرجان بلا إذن رب الدين والوالد، وفي «الذخيرة» إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو فإن عجزوا وتكاسلوا افترض على من يليهم حتى يفترض على هذا التدريج على كل المسلمين شرقاً وغرباً وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة والتجهير.

قال في «الفتح»: وكأن معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصل الأبعدون ويبلغهم الخبر وإلا فهو تكليف بما لا يطاق بخلاف إنقاذ الأسير وجوبه على الكل من أهل المشرق والمغرب ممن علم، ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس/ وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه، وفي «البزازية» مسلمة سبيت [٣٢٠/ب] بالمشرق وجب على أهل المغرب تخليصها من الأسر ما لم تدخل في دار الحرب، وفي «الذخيرة» سبى الكفار الذراري والنساء كان على المسلمين الذين لهم قوة عليهم أن يتبعوهم لأخذ ما بأيديهم فإذا دخلوا دار الحرب فكذلك في حق النساء

وكره الجعل إن وجد فيء وإلا لا فإن حاصرناهم ندعوهم إلى الإسلام فإن أسلموا وإلا إلى الجزية فإن قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا........................

والذراري ما لم يبلغوا حصونهم، ولهم أن لا يتبعوهم في حق المال، وذراري أهل الذمة وأموالهم كأهل الإسلام، (**وكره الجعل**) بضم الجيم وهو ما يجعل للإنسان في مقابلة شيء يفعله، والمراد هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوي بعضهم بعضاً بالكراع أي: الخيل والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد (**إن وجد فيء**)، وهو المأخوذ بغير قتال كالخراج والجزية وأما المأخوذ بالقتال فيسمى غنيمة وإنما كره لأنه لا ضرورة إذ أن بيت المال جعل لنوائب المسلمين ولأنه يشبه الأجر، والوجه الأول يوجب الكراهة على الإمام، والثاني يوجبها على الغازي وعلى الإمام كراهية تسببه (**وإلا**) أي: وإن لم يوجد فيء (**لا**) أي: لا يكره لأن فيه دفع الضرر الأعلى بارتكاب الأدنى، بقي ما لو كان في بيت المال غنيمة فقط فظاهر ما مر من التعليل من أنه لا ضرورة تفيد أنه يكره ويدل عليه ما في «الذخيرة» ومن قدر بنفسه ولا مال له فإن كان في بيت المال مال يعطيه الإمام كفايته من بيت المال وإلا فله أن يأخذ الجعل من غيره، وفي «غاية البيان» في شرح قوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء يعني إذا كانت في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة للخروج إلى الغزاة يعطيهم الإمام من ذلك المال انتهى. وعليه جرى العيني حيث فسر الفيء بقوله: أي شيء من الغنيمة الموجودة في بيت المال لا يصرف في المقاتلة.

قال التمرتاشي: يكره ضرب الجعل على الناس ما دام لهم فيء لأن فيه شبهة الأجر وإن لم يكن فلا بأس بذلك والأولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بيت المال انتهى. وليس فيه دلالة صريحة على المدعى، (**فإن حاصرناهم**) حبسناهم عن الخروج لإحاطتنا بهم (**ندعوهم الإسلام**) لقول ابن عباس «ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً قط إلا دعاهم»[١] رواه أحمد، (**فإن أسلموا**) بالقول أو بالفعل كما مر فبها (**وإلا**) أي: وإن لم يسلموا فندعوهم (**إلى الجزية**) لرواية مسلم وغيره «أنه ﷺ كان إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أمره بذلك»[٢]، وسيقيد المصنف هذا الإطلاق بغير مشركي العرب والمرتدين وينبغي للإمام أن يبين لهم مقدار الجزية ووقت وجوبها والتفاوت بين الغني والفقير في مقدارها (**فإن قبلوا**) الجزية (**فلهم مالنا وعليهم ما علينا**) لقول علي رضي الله تعالى عنه: «إنما بذلوا الجزية ليكون لهم ما لنا وعليهم ما علينا»[٣]

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢١٠٥).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣١)، والترمذي في السنن (١٦١٧).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٦٨)، بلفظ: «إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا».

ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام وندعو ندباً من بلغته وإلا نستعين بالله تعالى ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم..........

وخص من ذلك أشياء سيأتي التنبيه عليها، (**ولا نقاتل**) أي: ولا يحل أن نقاتل (**من لم تبلغه الدعوة**) بالفتح (**إلى الإسلام**) لما روينا لأنهم بها يعلمون أن قتالهم على الدين لا غيره فلعلهم يؤمنون ولو قاتلوهم قبلها أثموا ولكن لا غرم بما أتلفوه من نفس أو مال، لأن مجرد الحرمة لا توجب ذلك.

قالوا: كان هذا في ابتداء الإسلام حين لم ينتشر الإسلام ولم يستفض وأما بعد ما استفاض وعرف كل مشرك إلى ماذا يدعى يحل القتال قبلها ويقام ظهورها مقامها، كذا في «المحيط» قال الشارح: وهذا صحيح ظاهر والدليل عليه ما روي عن ابن عون: «كتبت إلى نافع أسأله عن ذلك فكتب إلي إنما كان ذلك في ابتداء الإسلام»[١] وفي البخاري: «كان عليه الصلاة والسلام إذا غزا قوماً لم يغز حتى يصبح فإذا سمع أذاناً أمسك فإن لم يسمع أغار بعدما يصبح»[٢] والإغارة لا تكون إلا بعدم الإعلام وإذا كان هذا في زمنه عليه الصلاة والسلام لاشتهار الإسلام فما ظنك في زماننا ولأنهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون. قال في «الفتح»: ولا شك أن في بلاد الله من لا شعور له بهذا فيجب بأن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة بقي ما لو بلغتهم الدعوة إلى الإسلام لكن لا يدرون أيقبلون منهم الجزية أم لا.

قال في «التاتارخانية»: لا ينبغي أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى الجزية (**وندعو من بلغته**) مبالغة في الإنذار هذا مقيد بأن لا يتضمن ضرراً بأن يعلم أنهم بها يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة/ الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم [٣٢١/أ] كالعلم كذا في «الفتح» (**وإلا**) أي: وإن لم يقبلوا الجزية (**نستعين بالله**) عليهم لأنه الناصر لأوليائه القاهر لأعدائه وبه يستعان على كل حال (**ونحاربهم بنصب المجانيق**) على حصونهم لأنه عليه الصلاة والسلام «نصبها على الطائف»[٣] رواه الترمذي (**وحرقهم**) أراد حرق دورهم وأمتعتهم قاله العيني، والظاهر أن المراد حرق ذاتهم بالمجانيق وإذا جازت محاربتهم بحرقهم فمالهم أولى لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة[٤] (**وغرقهم**) وغرق دورهم أيضاً بانسياب الماء

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣٠).
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٨٤).
(٣) أخرجه الترمذي في سننه (٢٧٦٢)، والبيهقي في الكبرى (١٧٨٤٤).
(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٤٦)، والبخاري في صحيحه (٢٢٠١).

وقطع أشجارهم وإفساد زروعهم ورميهم وإن تترسوا ببعضنا ونقصدهم ونهينا عن إخراج مصحف وامرأة في سرية يخاف عليها ....

عليهم (**وقطع أشجارهم**) ولو مثمرة (**وإفساد زروعهم**) بإطلاق النار والدواب فيها لأن المقصود كبت أعدائه وكسر شوكتهم وهو حاصل بذلك، هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم يؤخذون بغيره فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك كذا في «الفتح» (**ورميهم**) بالنبال ونحوها (**وإن تترسوا ببعضنا**)، لأن الأمر بالقتال مطلق ولو كان الغير مانعاً لا تسد إذ قلما تخلو مدينة أو حصن عن أسير مسلم فصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعاً، ولأن فيه دفع الضرر القائم بالذب عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص وهو واجب، وقد يقال: إن سلم أنه لا يخلو حصن عن أسير لكن لا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن عن أن تترسوا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض هدراً لحرمة الرمي، فإن من المشاهد يعنه فوجب أن يقيد بما إذا لم يكن طريقاً إلى قتل المسلم غالباً، وأما أنه دفع الضرر العام فتعليله في مقابلة النص الدال على تحريم قتل المسلم على أنه إنما يصح إذا علم أننا لو تركناهم استولوا على ديارنا والمدعى أعم من ذلك.

تنبيه: لو تترسوا بنبي قال أبو الليث: يسأل ذلك النبي، وقد قال محمد: لو فتح الإمام بلدة وعلم أن فيها مسلماً أو ذمياً لا يحل قتل أحد منهم إلا إذا خرج واحد فإنه حينئذ يحل قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذاك، (**ونقصدهم**) أي: يجب أن نقصد الكفار به لأن قصد قتل المسلم حرام وما أصابوه من المسلمين لا دية فيه ولا كفارة لأن الفروض لا تقترن بالغرامات وأورد أكل المضطر حالة المخمصة فإنه فرض اقترن بالغرم والحق أنه لا يرد ليحتاج إلى الجواب إذ المذهب أنه لا يجب عليه الأكل به بل لو ترك أخذاً بالعزيمة فصار كالمباح فقيد بشرط السلامة (**ونهينا عن إخراج مصحف و**) عن إخراج (**امرأة**) ولو عجوزاً لمداواة المرضى (**في سرية يخاف عليها**) وأقلها كما قال الإمام: مائتان وأقل الجيش أربعمائة، وقال ابن زياد: أقلها أربع مائة وأقل الجيش أربعة آلاف.

وفي «المبسوط» هي عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى، وكأنها مأخوذة من السرى وهو السير ليلاً وينبغي أن يكون العسكر العظيم اثني عشر ألفاً لقوله عليه الصلاة والسلام «لن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة»[1] كذا في «الفتح»، وفي «الخانية» لا ينبغي للمسلمين أن يغزوا إذا كانوا اثني عشر ألفاً وإن كان العدد

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ١١٠) (٢٤٨٩).

وغدر وغلول ومثلة ....

أكثر وذكر الحديث ثم قال: والحاصل أنه إذا غلب على ظنه بأن يغلب فلا بأس بأن يغزو ولا بأس للواحد أن يفر من اثنين إذا لم يكن معه سلاح وقدم أنه يجوز له أن يفر من الثلاثة مطلقاً وتفر المائة من ثلاثمائة انتهى، وأراد بالنهي ما في مسلم: «لا تسافر بالقرآن فإني لا آمن أن يتناوله العدو»[1] ويعني فيستخف به، ولا شك أن في إخراجه تعريضه لذلك، كما أن في إخراج المرأة تعريضها للفضيحة وهذا التأويل هو الصحيح، وعن الطحاوي أنه كان في ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف وأما اليوم فلا يكره الإخراج. وألحق في «المحيط» كتب الفقه بالمصاحف.

قال في «الفتح»: فكتب الحديث أولى انتهى. وأنت خبير بأن النهي إذا كان معللاً بالاستخفاف فكلما خيف عليه ذلك من الكتب الشرعية التي لا يجوز الاستخفاف بها يكره إخراجه أيضاً، قيد بكونها يخاف لأنه لو لم يخف لم يكره، ومن ثم قالوا: لو دخل إليهم بأمان فلا بأس بأن يحمل معه مصحف إن كانوا من قوم موفون بالعهد والأولى تركه حينئذ، وفي النساء إخراج العجائز للحاجة دون الشواب ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الأحرار.

[٣٢١/ ب] (و) نهينا أيضاً عن (غدر) أي: نقض عهد (وغلول) / أي: خيانة من مغنم قبل القسمة (و) عن (مثلة) لقوله ﷺ: «لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا»[2]، يقال: مثلت بالرجل كضربت أمثل به كأنصر مثلاً، ومثلة إذا سودت وجهه وقطعت أنفه ونحوه وفي «السراج» المثلة: أن يقطعوا أطراف الأسارى أو أعضاءهم كالأذن والأنف واللسان والإصبع ثم يقتلوهم أو يخلوا سبيلهم، وقيل: هو أن يقطعوا رؤوسهم ويشقوا أجوافهم ويقطعوا مذاكيرهم، والمثلة المروية في قصة العرنيين إما منسوخة، أو أنه تعارض محرم ومبيح ويقدم المحرم، وهذا الإطلاق قيده في «الاختيار» بما بعد الظفر بهم وأما قبله فلا بأس بها قال الشارح: وهذا أحسن، ونظيره الإحراق بالنار قيد جوازها قبله في «الفتح» بما إذا وقعت قتالاً كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه ثم ضربه فقطع يده وأنفه ونحو ذلك انتهى .وهو ظاهر في أنه لو تمكن من كافر حال قيام الحرب ليس له أن يمثل به بل يقتله ويقتضي ما في «الاختيار» أن له ذلك كيف وقد علله بأنها أبلغ في كبتهم وأضر بهم.

قال في «الفتح»: وأما من جنى على جماعات جنايات متعددة بأن قطع أنف

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٨٦٩).

(٢) أخرج نحوه الطبري في تفسيره (٢٦/ ٩١).

وقتل امرأة وغير مكلف وشيخ فان وأعمى ومقعد ....

رجل وأذني آخر وفقأ عيني آخر وقطع يدي آخر ورجلي آخر فلا شك أنه يجب القصاص بكل واحد إذا لحقه لكن يجب أن يتأن بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلاً به ضمناً لا قصداً، أو إنما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به، (و) نهينا أيضاً عن (**قتل امرأة** و) عن قتل (**غير مكلف**) لما أخرج الستة إلا النسائي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والصبيان»[1] وأراد بهم الذين لا يقدرون على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين كذا في «التاتارخانية».

ثم نقل عن «جامع الجوامع» أنه لا يقتل من في بلوغه شك وهذا كما ترى يغاير الأول (و) عن قتل (**شيخ فان**) كما رواه أبو داود قال عليه الصلاة والسلام: «لا تقتلوا شيخاً فانياً»[2] وفسره الرازي بالذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين لأنه حينئذ يكون كالمجنون ولذا لا نقتله إذا ارتد.

قال في «الذخيرة»: أما من يقدر ولو على الصياح أو الإحبال فيقتل لأنه يجيء منه الولد فيكثر محاربته للمسلمين، (و) عن قتل (**أعمى ومقعد**) ومائل الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والراهب الذي لم يقاتل وأهل الكنائس الذي لا يخالطون الناس والسائح في الجبال لعدم تحقق الحرب منهم، ولو قتلوا فلا شيء بقتلهم إلا التوبة والاستغفار.

وفي «التاتارخانية» معزياً إلى «تجنيس» خواهر زاده وإن كان للمسلمين قوة على حملهم لا ينبغي لهم تركهم في دار الحرب إلا الشيخ الفاني الذي لا يلقح والرهبان وأصحاب الصوامع إذا كانوا ممن لا يصيبون النساء والعجوز الذي لا يرجى ولدها، فإن شاء حملهم وإن شاء تركهم، وفي «الخلاصة» ثم لا يترك الإمام في دار الحرب من له رجاء الولادة وأخرجهم وإن أراد تركهم. واعلم أن الدار تبقى دار الإسلام بجعل الجزية عليهم ووضع الخراج على أراضيهم.

فـــرعان

الأول: لا بأس بحمل رأس المشرك إذا كان فيه غيظ لهم أو فراغ قلب للمسلمين بأن كان المقتول من قوادهم أو عظمائهم، وقد حمل ابن مسعود يوم بدر

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٥١)، ومسلم (١٧٤٤)، والترمذي (١٥٦٩)، وأبو داود (٢٦٦٨)، وابن ماجه (٢٨٤١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦١٤)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٩٠).

إلا أن يكون أحدهم ذا رأي في الحرب أو ملكاً وقتل أب مشرك وليأب الابن ليقتله غيره ويصالحهم ولو بمال إن خيراً.................................

رأس أبي جهل وألقاها بين يديه عليه الصلاة والسلام فقال عليه الصلاة والسلام: «الله أكبر هذا فرعوني وفرعون أمتي كان شره على أمتي أعظم من شر فرعون على موسى وأمته»[1]، كذا في «الظهيرية»، والذي في «الخانية» يكره حمل رؤوس الكفار إلى دار الإسلام، وقيل: إذا كان فيه إلحاق الوهن والكبت بهم لا بأس به انتهى.

والثاني: لا بأس بنبش قبورهم طلباً للمال نص عليه في «التاتارخانية» ولم أر نبش قبور أهل الذمة، ويجب أن يقال: إن تحقق ذلك ولم يكن له وارث إلا بيت المال جاز نبشه، وفي «الخانية» ولا بأس بتعليم القرآن للكفرة ولا بأس بنبش قبورهم لطلب المال انتهى يعم الذمي والله الموفق، (**إلا أن يكون أحدهم**) استثناء من حكم عدم القتل أي أحد من نهينا عن قتله (**ذا رأي في**) أمر (**الحرب أو**) يكون (**ملكاً**) فحينئذ يقتل لأن في قتله كسر شوكتهم أو قاتل ولو بماله ولو بعد الأسر إلا المجنون ومن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح، وفي «الخانية» ولا نقتل الصبيان ولا / الشيخ الفاني إلا أن يكون الصبي ملكاً وقد أحضر موضع القتال وفي قتله يكون كسراً لهم فيقتل انتهى، وهذا يفيد إلى أنه لو لم يحضروا به لا يقتل وعلى هذا سائر ما ذكر وفيه تأمل فتدبره. [٣٢٢/أ]

(و) عن (**قتل أب مشرك**) ابتداء لأن الله تعالى أمر بمصاحبة الأبوين في الدنيا معروفاً وليس منه قتله (**وليأب الابن**) أي: يمتنع عن قتله إذا أدركه في الصف بل يشغله بالمحاربة بأن يعرقب فرسه أو يطرحه عنها أو يلجئه إلى مكان (**ليقتله غيره**) ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه فإذا لم يكن ثمة غيره قتله، والأم والأجداد والجدات من قبل الأب والأم كالأب، قيد بالأب لأنه يجوز له قتل فرعه المشرك وكذا سائر القرابات كالعم والخال، قيدنا بالابتداء لأن الأب لو قصد قتله ولم يتمكن من دفعه إلا بقتله قتله، وقيد بالمشرك لأن الباغي يكره ابتداء القتيل بقتله أباً كان أو أخاً أو غيرهما، (**ونصالحهم**) أي: نعاهدهم على ترك الجهاد أي مدة كانت لأنه جهاد معنى (**ولو بمال**) نأخذه منهم لو كان الصلح وأخذ المال (**خيراً**) للمسلمين بأن كان بهم حاجة إليه لأنه إذا جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعاً أولى، ويصرف مصرف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة

---

(١) أخرج نحوه الطبراني في الكبير (٩/ ٨٢) (٨٤٦٩).

ونبذ لو خيراً ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم والمرتدين بلا مال فإن أخذ لم يرد ولم نبع سلاحاً منهم ولم نقتل من أمَّنه حر..

نخمسها ونقسم الباقي، وإن لم يكن بهم حاجة فلا نصالحهم لأن فيه ترك الجهاد صورة ومعنى أو بمال نعطيه لهم إن خاف الإمام الهلاك على نفسه والمسلمين لأن دفع الهلاك بأي طريق كان واجب.

(**ونبذ**) أي: نقض الصلح بأن يعلمهم أنه رجع عما كان وقع تحرزاً عن الغدر المحرم (**لو خيراً**) لأنه ﷺ نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة[١]، قال الشارح: ثم النبذ كذلك يكون على الوجه الذي كان عليه الأمان فإن كان منتشراً وجب أن يكون النبذ كذلك وإن كان غير منتشر إن أمنهم واحد من المسلمين سراً اكتفي بنبذه ذلك الواحد كالحجر بعد الإذن ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته حتى لو كانوا خربوا حصونهم للأمان وتفرقوا في البلاد فلا بد أن يعودوا إلى مأمنهم ويعمروا حصونهم كما كانت فإن كانت مدة الصلح مضت لم ينبذ إليهم إلا أن من كان منهم في دارنا فهو آمن حتى يبلغ مأمنه.

(**ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم**) إما بقتاله بنفسه أو بقتال بعض أتباعه بإذنه لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة لنقضه، قيد بالملك لأنه لو دخل جماعة بغير إذنه لم ينتقض إلا في حق من دخل، (**و**) نصالح (**المرتدين**) الذين تغلبوا وصارت دارهم دار حرب يعني عند الخوف لو خيراً (**بلا**) أخذ (**مال**) منهم لأنه في معنى الجزية وهي لا تقبل منهم (**وإن أخذ**) المال منهم (**لم يرد**) لأن مالهم فيء للمسلمين إذا ظهروا بخلاف ما لو أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعد وضع الحرب أوزارها لأنه ليس فيئاً لا قبله لأنه إعانة لهم، (**ولم نبع سلاحاً منهم**) للنهي عن ذلك لأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين، وكذا كره بيع الخيل والحديد والرقيق منهم بخلاف الطعام والقماش حيث يجوز.

قال الحاكم في «كافيه»: لو جاء الحربي بسيف فاشترى مكانه قوساً أو رمحاً أو فرساً لم يترك أن يخرج به وكذا لو استبدل بسيفه سيفاً خيراً منه فإن كان مثله أو شراً منه لم يمنع، والمستأمن كالمسلم في ذلك إلا إذا خرج بشيء من ذلك فلا يمنع من الرجوع به، (**ولا نقتل من أمَّنه حر**) ولو مقعداً أو أعمى أو شيخاً أو صبياً مأذوناً له

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٩٠).

أو حرة ونبذ لو شرّاً وبطل أمان ذمي وأسير وتاجر وعبد محجور عن القتال.

في القتال بخلاف المحجور عليه **(أو حرة)** صريحاً كأمنت أو وادعت أو لا بأس عليكم لكم عهد الله وذمته، أو كناية كقوله: تعال إذا ظن أنه أمان، وكذا لو أشار بإصبعه إلى السماء أي: أعطيتك ذمة إله السماء لخبر أبي داود: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم»(١) ومعنى الجملة الأولى أن دية الشريف لا تزيد على دية الوضيع، والثانية ما نحن فيه وأدناهم أي: أقلهم عدداً وهو الواحد، والثالثة أن الأبعد يرد البيعة عليهم وذلك أن العسكر في دار الحرب إذا اقتطع الإمام منهم سرايا وجهت للإغارة فما غنمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقي لأهل العسكر، والرابعة أنهم عضو واحد على من سواهم من الملك باعتبار تعاونهم عليه ولو طلب الأمان لأهله لا يكون آمناً بخلاف ذراريه ويدخل في الأولاد أولاد الأبناء دون البنات ولو أغار عليهم قوم آخرون من المسلمين/ [٣٢٢/ ب] فقتلوا الرجال وسبوا النساء والذراري والأموال واقتسموا ذلك وجاؤوا بالأولاد منهم ثم علموا بالأمان فعلى القاتل دية المقتول وترد النساء والأموال إلى أهليها يعني بعد ثلاث حيض وفي هذه المدة يوضعن على يد عجوز ثقة وعلى الواطئ الصداق والأولاد أحرار مسلمون تبعاً للأب نص على ذلك محمد رحمه الله.

(ونبذ) الإمام أمان الحر أي: نقض أمان الحر **(لو)** كان أمانه **(شراً)** على المسلمين لأن جوازه إنما كان للمصلحة وهي الآن في نقضه وللإمام أن يرد به لانفراده برأيه، **(وبطل أمان ذمي)** لأنه لا ولاية له على المسلمين ولأنه منهم ومعناه أن يقول: أمنتكم أما إذا قال: إن فلاناً المسلم يقول أمنتكم أنه يصح وفي «البزازية» و«الخلاصة» أمان المرأة والذمي لا يجوز إلا إذا حكم بأنهم ذمة انتهى.

وفي «التاتارخانية» إذا أذن له الإمام به صح أمانه **(وأسير وتاجر)** لأنهما تحت القهر فلا يخافونهم والأمان يختص بمحل الخوف ومعنى البطلان في حق المسلمين أما في حق نفسه فصحيح فيصير حكمه وحكم الداخل فيهم بأمان واحد، وفي «الخانية» العبد المسلم إذا خدم مولاه الحربي في دار الحرب كانت خدمته أماناً له **(وعبد محجور عن القتال)** لأنهم لا يخافونه أيضاً بخلاف المأذون فإنهم يخافونه، وقال محمد: يصح أمان المحجور أيضاً ومحل الخلاف في حق المسلمين أما في حق نفسه فصحيح لما مر في الأسير والله أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٢٧٥١)، والبيهقي في سننه (٨/ ٢٩)، والحاكم في مستدركه (٢/ ١٤١).

باب الغنائم وقسمتها

ما فتح الإمام عنوة قسم بيننا أو أقرّ أهلها ووضع الجزية والخراج..............

باب الغنائم وقسمتها

لما ذكر القتال وما يسقطه شرع في بيان ما يحصل به. قال في «القاموس»: المغنم والغنيم والغنيمة والغنم بالضم الفيء وغنم بالكسر غنماً بالكسر والفتح وبالتحريك وغنيمة وغنماناً بالضم الفوز بالشيء بلا مشقة **(ما فتح الإمام عنوة)** أي: قهراً كذا في «الهداية» واتفق الشارحون على أن هذا ليس تفسيراً له لغة لأنها من عنى يعنو عنواً ذل وخضع وهو لازم وقهراً متعد.

قال في «الفتح»: وإنما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوي عنوة أي: ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير المطرد إلا في ألفاظ اشتهرت وإطلاق اللازم وإرادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الإخبارات، والوجه أنه مجاز فإن عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه تعريفاً انتهى.

ونقل في «البحر» عن «القاموس» أن العنوة القهر وبه اندفع ما في شروح «الهداية» وأنت خبير بأن هذا لا يصلح دافعاً إلا إذا كان معنى له حقيقياً لا مجازياً وليس في «القاموس» ما يعينه وهذا لأن صاحب «القاموس» لا يميز بين الحقيقي والمجازي كما قال بعضهم بل يذكر المعاني جملة، **(قسم بيننا)** معاشر الغانمين إن شاء بعد إخراج الخمس اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام في خيبر، ولو كان فيما أصابوه مصحفاً فيه شيء من كتب اليهود والنصارى لا يدرى أفيه شيء من الكتب السماوية أو كفر لا يدخله الإمام الغنيمة للقسمة مخافة أن يقع في سهم رجل فيبيعه من المشركين وذلك مكروه، ولا ينبغي أن يحرق مخافة أن يكون فيه شيء من أسماء الله تعالى.

قالوا: وتصير هذه المسألة رواية عن الأصحاب في المصحف إذا خلق بحيث لا يقرأ فيه أن لا يحرق بالنار، وإذا كره إحراقه ينظر إن كان لورقه قيمة وينتفع به بعد المحو بالغسل بأن كان مكتوباً على جلد مدبوغ أو ما أشبه ذلك فإنه يمحى ويجعل الورق في الغنيمة وإلا يغسل ويدفن وهو على كل حال إن كان لا يتوهم وصول الكفرة إليه يدفن وإن توهم لا يدفن كذا في «التاتارخانية» **(أو أقر أهلها)** أي: من عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم **(ووضع الجزية)** على رؤوسهم **(والخراج)** على

وقتل الأسرى أو استرق أو ترك أحراراً ذمة لنا وحرم ردّهم إلى دار الحرب والفداء.........

أراضيهم اقتداء بفعل عمر رضي الله تعالى عنه في سواد العراق بمحضر من الصحابة من غير نكير.

قيل: والأول أولى إذا كان بالمسلمين حاجة، والثاني عند عدمها، قيد بالأراضي لأن المن عليهم بالمنقول المجرد لا يجوز لعدم الورود بخلاف ما إذا كان تبعاً للأرض وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فقط فمكروه إلا أن يدفع إليهم من المال ما يتمكنون به من إقامة العمل والنفقة/ على أنفسهم وأراضيهم إلى أن يخرج [١/٣٢٣] الغلال وإلا فهو تكليف بما لا يطاق، (**وقتل**) الإمام (**الأسرى**) أي: إن لم يسلموا إن شاء جمع أسير وهو الأخيذ والمقيد والمسجون ويجمع على أسارى أيضاً كما في «القاموس»، وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام قتل مقاتلي بني قريظة واسترق ذراريهم»[١] (**أواسترق**) أي: جعلهم أرقاء دفعاً لشرهم مع انتفاع المسلمين بهم، قيد بالإمام لأن الغازي ليس له أن يقتل أسيراً إذ قد يرى الإمام المصلحة في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه فلو قتله بلا ملجئ إلى قتله بأن خاف من شره عزر إذا وقع على خلاف رأيه غير أنه لا يضمن شيئاً، (**أو ترك**) الأسارى (**أحراراً ذمة لنا**) أي: أهل ذمة لنا بأن يضع عليهم الجزية والخراج لما مر من فعل عمر بالسواد إلا مشركي العرب والمرتدين فلا يقبل منهم إلاّ الإسلام أو السيف على ما سيأتي.

(**وحرم ردهم**) أي: الأسارى (**إلى دار الحرب**) لأنهم يعودون حرباً علينا، (**والفداء**) مصدر أفداه استنقذه والفدية المال والمفاداة بين اثنين يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فرسه وعن المبرد والمفاداة أن تدفع رجلاً وتأخذ رجلاً والفداء أن تشتريه وقيل: هما بمعنى كذا في «المغرب» أطلقه فعم ما لو دفع أسيراً كافراً ولو شيخاً لا يحل لاستنقاذ أسير مسلم وهذا هو إحدى الروايتين عن الإمام وعنه أنه يجوز وبه قالا غير أن أبا يوسف يجوزه قبل القسمة لا بعدها ومحمد يجوزه بكل حال، ووجه الأولى أن فيه معاونة الكفرة لأنه يعود حرباً علينا ودفع شر حربهم خير من استنقاذه لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه فقط والضرر بدفع أسيرهم يعود على جماعة المسلمين وبالرواية الثانية قال العامة.

وفي «الدراية» عن «السير الكبير» أنها أظهر الروايتين عن الإمام إذ تخلص المسلم أولى من قتل الكافر لأنها أظهر للانتفاع به لأن حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذي يعود إلينا بدفعه ظاهر في المسلم الذي يتخلص منهم لأنه ضرر واحد

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٥/٢٠٦) رقم (٨٦٧٨)، والبخاري في صحيحه (٣٥٩٣).

والمنّ وعقر مواش شق إخراجها فتذبح وتحرق..........

فيقوم بدفعه مثله فيتكافأان ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله تعالى كما ينبغي زيادة ترجح، ثم قد ثبت من فعله عليه الصلاة والسلام كما في مسلم وأبي داود والترمذي «أنه عليه الصلاة والسلام فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين»[1] ولا خلاف أن المفاداة بالنساء لا تجوز.

وقالوا: لو أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وكان مأموناً على إسلامه وما لو أخذ الإمام في مقابلته مالاً في المشهور من المذهب وفي «السير الكبير» لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة وهذا ظاهر في عدم الفرق بين أن يكون ذلك قبل وضع الحرب أوزارها أو بعده، **(و)** حرم أيضاً **(المن)** وهو إطلاقهم مجاناً بغير شيء قاله العيني يعني إلى دار الحرب كما في «الفتح». وفي «النهاية» و«الغاية» و«الدراية» وهو الإنعام عليهم بتركهم مجاناً من غير قتل ولا استرقاق ولا ذمة وادعى في «البحر» عدم صحة إرادة الأول هنا لأنه عين قوله وحرم ردهم.

وأقول: الظاهر أن مؤدى العبارتين واحد وذلك أن قوله: بغير شيء أي: بغير قتل ولا استرقاق ولا ذمة وإن ردهم إلى دارهم هو إرسالهم إليها وهذا كما ترى مغاير لمطلق إطلاقهم بغير شيء فتدبره ثم رأيته في «إيضاح الإصلاح» قال: المن أن يطلقهم مجاناً سواء كان الإطلاق بعد إسلامهم أو قبله أشير إلى ذلك في التعليل المذكور في «الهداية» يريد قوله: ولأنه بالأسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة ثم قال: وقد علم من نفي المن والفداء نفي ردهم إلى دارهم بطريق الدلالة فلا حاجة إلى ذكره انتهى.

(و) حرم أيضاً **(عقر مواش شق إخراجها)** من إبل وبقر وغنم أي: قطع قوائمها لأنه مثله **(فتذبح)** لأن ذبحها لغرض صحيح جائز وهو هنا كسر شوكة الأعداء أو إعدامهم هذه المنفعة المرغوب فيها **(وتحرق)** بعده قطعاً لمادة الانتفاع ولم تحرق ابتداء لقوله ﷺ: «لا يعذب بالنار إلا رب النار»[2] ومن ثم قلنا: إن الأسلحة ونحوها تحرق بالنار ابتداء وما لا يحرق منها يدفن في موضع لا يقفون عليه، وفي «التتارخانية»/ [٣٢٣/ب] مات نساء مسلمات في دار الحرب وهم يطؤون الأموات وسعنا حرقهن وفي «المحيط» لو وجد المسلمون حية أو عقرباً في دار الحرب لا يقتلونها بل ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية.

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٥٦٨)، ومسلم في النذر (١٦٤١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٧٣)، وأحمد في مسنده (١٥٦٤).

وقسمة الغنيمة في دارهم لا الإيداع

(و) حرم أيضاً (**قسمة الغنيمة في دارهم**) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغنائم في دار الحرب «خانية» والقسمة بيع معنى ولأنها تعتمد الملك ولا ملك قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا ولذا قلنا: إن الرد قبله ويشارك العسكر ولا يثبت نسب ولد أمة من السبي ويجب عقرها ويقسم الكل ولا ضمان على من أتلف منها شيئاً ولا يورث نصيب من مات قبله وفي «البدائع» ما يخالفه حيث قال: وأما بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فيثبت الملك ويتأكد الحق ويتقرر فيجوز القسمة ويجوز فيه الإرث ويضمن المتلف إلا أنه لو أعتق واحد من الغانمين عبداً لا ينفذ إعتاقه استحساناً، لأن نفاذه يتوقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك إلا بالقسمة فأما الموجود قبل القسمة فملك عام أو حق متأكد وأنه لا يحتمل الإعتاق لكنه يحتمل الإرث والقسمة ويكفي لإيجاب الضمان وانقطاع شركة الردء ونحو ذلك، ولذلك لو استولد جارية من الغنم وادعى الولد لا تصير أم ولد له استحساناً لما قلنا انتهى.

وفي «المحيط» لو وطئ الإمام جارية لا يحد ويؤخذ منه العقر إن وطئها في دار الإسلام دون دار الحرب انتهى وهذا يخالف إطلاق ما مر قبل وهو الظاهر لأن الوطء في دار الحرب لا يوجب شيئاً فلو قسمت الغنيمة على الرايات أو العراف فوقعت جارية بين أهل راية صح عتق أحد لها واستيلاده إن قلوا لا إن كثروا، والقليل مائة وقيل: أربعون قال السرخسي: والأولى أن يوكل إلى اجتهاد الإمام، ثم الحرمة مقيدة بأن لا تكون القسمة عن اجتهاد أو لحاجة فإن كانت لأحدهما لا تحرم، ولو عبر بلا تصح لكان أولى لما استقر من أنه لا يلزم من حرمتها نفي الصحة والواقع أنها لا تصح أيضاً.

و(لا) تحرم قسمتها بين الغانمين (**للإيداع**) بأن لم يجد ما يحملها عليه فإن أبوا أجبرهم على ذلك بأجر المثل في رواية وفي أخرى لا يجوز ثم إذا لم يجبروا ولم يجد على الرواية الأولى ما يستأجره إن كان بحال لو قسمها يقدر كل واحد على حمله قسم بينهم، وإن كانوا لا يقدرون ولا يجدون الدواب بالأجرة مشى السبايا إلى دار الإسلام وإن لم يطيقوه قتل الرجال منهم، وأما النساء والصبيان والشيوخ فيتركون في أرض مضيعة حتى يموتوا جوعاً وعطشاً ولا يتركون في أرض عامرة، وكذا قالوا: لو وجدوا حية في رحالهم إن أمكنهم نزع أنيابها فعلوا ذلك قطعاً للضرر ولا يقتلوها لأن فيه قطع نسلها ومنفعة للكفار، ولو وجدوا عقرباً نزعوا ذنبها وأبقوها كذا في «التتارخانية».

ونقل في «الفتح» الترك في أرض خربة عن «الولوالجية» ثم قال: وهو بعيد لأنه

وبيعها قبلها وشرك الردء والمدد فيها لا السوقي بلا قتال ولا من مات فيها وبعد الإحراز بدارنا يورث نصيبه.........................

قتل بما هو أشد من القتل المنهي عنه اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والجبر فيتركوا ضرورة وتعجب منه في «البحر» بأن الولوالجي صرح بأنه يفعل ذلك عند عدم إمكان الإخراج لا مطلقاً انتهى، وفي «السير الكبير» أراد أمير العسكر أن يرسل رسولاً من دار الحرب إلى دار الإسلام بشيء من أموال المسلمين ولم يقدر الرسول أن يخرج إلا فارساً ولبعض العسكر فضل فرس فلا بأس بأخذ فرسه على كره منه انتهى.

(و) حرم أيضاً (**بيعها**) أي: الغنائم (**قبلها**) أي: قبل القسمة للنهي عن ذلك ولأنه قبل الإحراز لم يملكه وبعده مجهول (**وشرك**) مخففاً أي: اشترك ومشدداً أي: شرك الإمام (**الردء**) بكسر الراء وسكون الدال بعدها همزة أي: المعين (**والمدد**) وهم الجماعة الناصرون للجند (**فيها**) أي: في الغنيمة للاستواء في سبب الاستحقاق وهو المجاوزة أو شهود الوقعة ولذا قلنا: إن الجندي الذي لم يقاتل لعذر وغيره سواء وكذا المتطوع والجندي وأنه لا يميز أحد عن أحد حتى أمير العسكر وهذا كله بلا خلاف.

ولو ادعى رجل بعد القسمة أنه شهد الوقعة وأقام عدلين لم تنقض استحساناً ويعوض بقدر نصيبه من/ بيت المال كذا في «التاتارخانية» [٣٢٤/أ] (**لا**) يشترك (**السوقي**) وهو الخارج مع العسكر للتجارة (**بلا قتال**) أفهم به أنه لو قاتل شاركهم لأنه به ظهر أنه المقصود وتلك تبع. وفي «المحيط» لو أسلم الحربي أو المرتد في دار الحرب ولحق بالجيش لا يستحق شيئاً ما لم يقاتل (**ولا**) يشرك أيضاً (**من مات فيها**) أي: في دار الحرب قبل إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام (**وبعد الإحراز بدارنا يورث نصيبه**) لثبوت ملكه فيه.

قال في «البحر»: وصرحوا في الوقف أن معلوم المستحق لا يورث بعد موته على أحد القولين وفي قول يورث ولم أر ترجيحاً، وينبغي أن يفصل فإن كان مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه وإن قبله لا يورث قياساً على الغنيمة.

وأقول: في «الدرر والغرر» عن «فوائد» صاحب «المحيط» للإمام أو المؤذن وقف فلم يستوفيا حتى ماتا سقطا لأنه في معنى الصلة وكذا القاضي وقيل: لا يسقط لأنه كالأجرة انتهى. وجزم في «البغية» بأنه يورث بخلاف رزق القاضي وأنت خبير بأن ما يأخذه القاضي ليس صلة كما هو ظاهر ولا أجراً لأن مثل هذه العبادة لم يقل

وينتفع فيها بعلف و طعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة ولا يبيعها ....

أحد بجواز الاستئجار عليها، بخلاف ما يأخذه الإمام والمؤذن فإنه لا ينفك عنهما فبالنظر إلى الأجرة يورث ما يستحقه إذا استحق غير مقيد بظهور الغلة وقبضها في يد الناظر وبالنظر إلى الصلة لا يورث، وإن قبضه الناظر قبل الموت وبهذا عرف أن القياس على الغنيمة غير صحيح وسيأتي لهذا مزيد بيان في الوقف إن شاء الله تعالى.

(**وينتفع فيها**) أي: في دار الحرب (**بعلف**) يقال: علف الدابة علفاً من باب ضرب فهي معلوفة وعليف والعلف ما أعلفته (**وطعام وحطب وسلاح ودهن**) بالفتح قاله العيني والظاهر أنه بالضم لتناسق المتعاطفات (**بلا قسمة**) لقوله ﷺ في طعام خيبر: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها»(١) أطلق في الطعام فعم المهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والسكر والشعير والتبن وغيره كالبقر فيجوز ذبحها غير أن الجلد يرد للغنيمة ولم يشترط الحاجة أي: الفقر فيجوز للغني الانتفاع وهو رواية «السير الكبير» وشرطها في «السير الصغير» وهو القياس والأول استحساناً وبه قالت الثلاثة.

وقيد في «الظهيرية» بما إذا لم ينه الإمام عن أكله فإن نهى لا يباح له وتسوية المصنف بين الطعام والسلاح ظاهره في أنه لا يشترط فيه عدم الحاجة أيضاً إلا أن المنقول في «فتح القدير» وغيره اشتراطها فيه بأن مات فرسه أو انكسر سيفه، أما إذا أراد توفيرها باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف وفي «إيضاح الإصلاح» لا خلاف في اشتراط الحاجة فيه ولو احتاج الكل إلى السلاح والثياب قسمها حينئذ بخلاف السبي إذا احتيج إليه ولو للخدمة لأنه من فضول الحوائج، وخرج غير الطعام كالأدوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك فلا يجوز له أن يتناول منه كذا في «الشرح» وغير خاف أنه لو حل بأحدهم مرض احتاج فيه إلى استعماله أنه يجوز وبه صرح في «المحيط» وله أن يأكل ويطعم عبيده ونساؤه وصبيانه الذين دخلوا معه إلا أن الداخل لخدمته بأجر والتاجر فلا يطعمهم إلا ما كان من خبز الحنطة أو طبيخ اللحم لأنه ملكه بالاستهلاك، (**ولا يبيعها**) أي: الأشياء المذكورة لأنه لا ملك له فيها وإنما أبيح له التناول ضرورة فإن باع شيئاً منها قبل القسمة.

قال الشارح: وغيره رد الثمن إلى الغنيمة ومعناه إذا أجازه الإمام إذ لا شك أن هذا بيع فضولي يتوقف على الإجازة فإن لم يجزه وكان المبيع قائماً رد إلى الغنيمة ويدل على ذلك ما في «المحيط» لو وجد واحد من العسكر في دار الحرب ما لا

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٠٩).

وبعد الخروج منها لا وما فضل ردّ إلى الغنيمة ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله وكل مال معه أو وديعة عند مسلم أو ذمّي دون ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره................

يملكونه كعسل في جبل أو وجد معدناً أو أصاب شيئاً من بر أو بحر لم يختص به فإن باعه توقف على إجازة الأمير فإن كان الثمن أنفع أجازه وإلا رده وإلى الغنيمة ضمه وإن كان المبيع هالكاً أجازه استحساناً ورده إلى الغنيمة انتهى، (**وبعد الخروج منها**) أي: من دار الحرب (**لا**) أي: لا ينتفع بشيء مما ذكر لزوال المبيح وهو الضرورة (**وما**) أي: والذي (**فضل**) في يده مما أخذه قبل الخروج من دار الحرب (**رد**) أي: رده الآخذ (**إلى الغنيمة**) / بعد الخروج إلى دار الإسلام لزوال الحاجة التي هي مناط الإباحة وعلى هذا التعليل أنه لو كان فقيراً أكله لكن بالضمان كما في «المحيط» هذا كله قبل القسمة. [٣٢٤/ب]

أما بعدها فإن كان غنياً وكانت العين قائمة تصدق بها وبقيمتها لو هالكة، وإن كان فقيراً انتفع بها، (**ومن أسلم منهم**) أي: من أهل دار الحرب لا بد أن يقيد بكونه فيها لأن المستأمن لو أسلم في دار الإسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما تركه فيها من الأولاد الصغار والمال فيء لأن تباين الدارين قاطع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم، أما في غير الأولاد فظاهر وما فيهم فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الأموال، ولا بد أيضاً أن يقيد بكونه لم يخرج إلينا فإن خرج فظهر عليهم فجميع ماله فيء إلا أولاده الصغار لأنه حين أسلم كان متبعاً لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء، بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنهم بالقتال فيغنم كما في «الفتح».

(**أحرز نفسه**) عن القتل والاسترقاق (**وأولاده**) تبع له (**و**) أحرز أيضاً (**كل مال معه**) لخبر «فإذا أسلموا عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[1] والمسلمة مقيدة بما إذا لم يؤخذوا فإن أخذوا أحرز نفسه فقط (**أو**) كان المال (**وديعة**) له (**عند مسلم أو ذمي**) لأنه في يده حكماً، قيد بالوديعة لأن الغصب يكون فيئاً عند الإمام وبكونها في يدهما لأنها لو كانت في يد حربي كانت فيئاً أيضاً في ظاهر الرواية عن الإمام وعنه أنها له (**دون ولده الكبير**) لأنه غير تابع له (**وزوجته**) لما قلنا (**وحملها**) لأنه كجزئها وإن حكم بإسلامه تبعاً لخير الأبوين، والمسلم محل التمليك تبعاً لغيره فإنه لو تزوج أمة الغير كان أولاده مسلمين أرقاء، (**و**) دون (**عقاره**) وما فيه من زرع لم يحصد لأنه في يد أهل الدار إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده إلا حكماً

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢١)، والبخاري في صحيحه (٢٥).

وعبده المقاتل للراجل سهم وللفارس سهمان.....................................

والدار ليست دار أحكام فكانت يد غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد أهل الدار لأنها جعلت شرعاً سالبة لما في أيديهم وهذا قول الإمام وأبي يوسف الآخر.

وقال محمد: هو كغيره من الأموال وقيل: هذا قول الثاني ومحمد مع الإمام، **(وعبده المقاتل)** لأنه بالقتال تمرد على مولاه فخرج عن يده وصار تبعاً لأهل دارهم فنقصت نسبة بالمالية إلى مولاه لأن كماله معناه ماليته بالملك واليد وفي هذا خلاف الأئمة الثلاثة والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه ماله كما في «الفتح» وفيه.

فرع: أسر العدو عبداً ثم أسلموا فهو لهم ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعاً تلزمه قيمته بطلت الجناية ولزمه الدين والله أعلم.

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان الغنيمة شرع في بيان قسمتها وأفردها بفصل لكثرة شعبها وهي جعل النصيب الشائع معيناً **(للراجل سهم)** إجماعاً يعني من الأربعة أخماس الباقية بعد إخراج الخمس الآتي مصرفه **(وللفارس سهمان)** عند الإمام وزفر وقالا: له ثلاثة أسهم لما أخرجه الجماعة إلا النسائي «أنه ﷺ جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهماً»[١] ولأبي حنيفة ما رواه أبو داود وأحمد «أنه ﷺ لما أن قسم خيبر أعطى للفارس سهمين وللراجل سهماً»[٢] وما رواه الجماعة محمول على التنفيل كما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الأكوع سهم الراجل والفارس وكان راجلاً أجيراً لطلحة»[٣] والأجير لا يستحق سهماً من الغنيمة وإنما أعطاه رضخاً لجده في القتال وقال: «خير رجالنا سلمة بن الأكوع وخير فرساننا أبو قتادة»[٤] كذا في «الشرح».

قال في «الحواشي السعدية»: وهو مخالف لما سيصرح به بعد من أن الأجير إن ترك الخدمة وقاتل يسهم له كأهل سوق العسكر وإلا فلا شيء له ولا يجمع بين أجر ونصيب لخدمة في الغنيمة انتهى. وهو الحق ويوافقه ما في «غاية البيان» الأجير

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٠٨)، ومسلم (١٧٦٢)، وأبو داود (٢٧٣٤)، والترمذي (١٥٥٤)، وابن ماجه (٢٨٥٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٣٦)، وأحمد في مسنده (١٥٠٤٤).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٥٨٧).

(٤) هو تتمة الحديث الذي تقدم ذكره.

ولو له فرسان والبراذين كالعتاق لا الراحلة والبغل والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة

لخدمة الغازي والسوقي يسهم لهما إذا قاتلا والعبد يرضخ له والفرق أن العبد تبع فانحطت رتبته بخلافه ولذا يسقط / أجره من القتال عن المستأجرين [٣٢٥/أ] (**ولو له فرسان**) أي: لا يسهم إلا لفرس واحد ولو كان له أكثر، وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين «لأنه ﷺ أعطى الزبير يوم خيبر خمسة أسهم»[١] وحملاه على التنفيل ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية وما عن أبي يوسف في «الإملاء» ولا خلاف أنه لا يسهم لثلاثة فأكثر.

(**والبراذين**) خيل العجم وأحدهما برذون (**كالعتاق**) بكسر العين جمع عتيق كرام الخيل العربية فلا يفضل أحدهما على الآخر لاستواء الكل في السبب وهو الإرهاب وعرف من هذا أن الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية والمقرف وهو ما يكون أبوه عربياً وأمه برذونة كالعتاق بالأولى، وجعل في «الصحاح» و«القاموس» الهجنة من قبل الأم والإقراف من قبل الأب (**لا الراحلة**) أي: لا تكون الراحلة (**والبغل**) كالعتاق فلا يسهم لهما لأن الإرهاب لا يقع بهما، (**والعبرة**) أي: والاعتبار (**للفارس والراجل عند**) أي: وقت (**المجاوزة**) أي: الانفصال من دار الإسلام إلى دار الحرب أي: مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب حتى لو دخل دار الحرب فنفق فرسه وقاتل راجلاً استحق سهم الفرسان.

ولو دخل راجلاً فاشترى فرساً فيها فقاتل فارساً استحق سهم راجل في ظاهر المذهب وروى ابن المبارك عن الإمام أنه يستحق سهم الفارس واعتبرت للمجاوزة لأنها قتال لأنهم يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حال الدوام فلا يعتبر، وعم إطلاقه ما لو كان الفرس مغصوباً أو مستعاراً أو مستأجراً فاسترده المالك فقاتل راجلاً وهذا إحدى الروايتين وفي رواية لهم سهم الراجل.

قال في «الفتح»: ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجيح الاستحقاق، نعم لا بد أن يكون عدم القتال على الفرس لا بصنع منه حتى لو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهبه وسلمه أو أجره أو رهنه ففي ظاهر المذهب لا يستحق سهم الفرسان وروى أنه يستحق وحكى صاحب «الخلاصة» روايتين في العارية والمنع يوافق ظاهر الرواية ولو غصب فرسه قبل الدخول فدخل راجلاً ثم استرد أو ركب عليه آخر ودخل دار الحرب ونفر الفرس أو ضل منه فاتبعه ودخل راجلاً استحق سهم الفارس، ولا بد أن يكون الفرس صالحاً للقتال حتى لو كان مريضاً أو هزيلاً أو

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/٣٢٨).

وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ لا السهم والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدّم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لأغنيائهم.................

كبيراً أو صغيراً لا يستحق ما للفارس إلا إذا زال المرض وصار بحال يقاتل عليه فإنه يستحقه أيضاً استحساناً، ولو طال المكث في دار الحرب حتى كبر فقاتل عليه لا يستحقه كذا في «التاتارخانية».

قال في «البحر»: وكأن الفرق حصول الإرهاب بالكبير ولو مريضاً بخلاف الصغير (**وللمملوك والمرأة والصبي**) والمجنون كما في «الولوالجية» فالمعتوه أولى (**والذمي الرضخ**) بمعجمتين وهو إعطاء قليل من كثير وهو السهم على حسب ما يراه الإمام قبل إخراج الخمس عندنا «لأنه عليه الصلاة والسلام كان يرضخ للنساء والصبيان والعبيد»[1] ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة أي: لم يسهم لهم ثم إنما يرضخ لغير المرأة بالقتال لأنهم يقدرون عليه ولذا شرطوا في الصبي أن يكون قادراً عليه ولا فرق في العبيد بين أن يقاتلوا بغير إذن السيد أو بإذنه أما المرأة فيرضخ لها بغير قتال كذا في «الفتح» لأن بها مداواة الجريح منهم والقيام على المريض وحفظ الأمتعة ونحوها وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها.

ولو أعتق العبد يرضخ له فيما أصيب من الغنيمة قبل عتقه ولو أسلم الذمي المقاتل يضرب له بسهم فيما أصيب بعد إسلامه كذا في «التاتارخانية» (**لا السهم**) لما روينا نبه بهذا على أن الرضخ لا يبلغ به الإمام به السهم، فإن قلت: قد قالوا: إن الذمي إذا دل على الطريق فللإمام أن يزيده على السهم قلت: ما يدفع إليه في هذه الحالة ليس رضخاً بل قائم مقام الأجرة بخلاف ما إذا قاتل لأنه عمل الجهاد ولا يستوي في عمله بين من يؤجر عليه ومن لا يقبل منه، (**والخمس**) الباقي بعد صرف الأربعة أخماس يصرف (**لليتامى والمساكين وابن السبيل**) فيعطى لكل واحد سهم نبه بذلك على أن الخمس يقسم أثلاثاً عندنا (**وقدم ذوي القربى**) من بني هاشم وبني المطلب فقط لأن استحقاقهم ليس بمحض القرابة بل للنصرة أيضاً وهي المؤانسة معه بالكلام والمصاحبة لا المقاتلة، وهذا القدر مفقود في غير بني هاشم وبني المطلب ولذا كان لنسائهم أيضاً ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة وهي النصرة فيستحقونه بالفقر، (**الفقراء**) بالرفع على البدلية (**منهم**) أي: من ذوي القربى (**عليهم**) الأصناف الثلاثة لأن غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات / [٣٢٥/ ب] وذوا القربى لا يحل لهم (**ولا حق لأغنيائهم**)، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿ واعلموا

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٢٠).

وذكره تعالى للتبرك وسهم النبي ﷺ سقط بموته كالصفي وإن دخل جمع ذو منعة دارهم بلا إذن خمس ما أخذوا..

أنما غنمتم من شيء﴾ [الأنفال:٤١] الآية، وقد قسم الخلفاء الراشدون الخمس على هذا ولم يدفعوا شيئاً لذوي القربى وفيه دلالة ظاهرة لقول الطحاوي من أنهم يحرمون لأن فيه معنى الصدقة.

وقال الكرخي: يدفع إليهم بشرط الفقر وهو الأصح لظاهر قوله ﷺ «يا بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم عنها بخمس الخمس»[١] والعوض إنما يثبت في حق من ثبت في حقه العوض وهم الفقراء، ويحمل عدم إعطائهم على أن ذوي القربى بيان مصرف الاستحقاق، وعندنا يجوز الاقتصار على جنس واحد نص عليه في «البدائع» وغيرها أو أنهم رأوهم أغنياء وأن الصرف إلى غيرهم أنفع وكونه فيه معنى الصدقة ممنوع بل هو مال الله لأن الجهاد حقه أضافه إليهم لا حق لنا لزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخاً، وفي «الحاوي القدسي» وعن أبي يوسف: إن الخمس يصرف لذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ، قال في «البحر»: وهذا يقتضي أن الفتوى على الصرف إلى الأقرباء الأغنياء فليحفظ.

وأقول: فيه نظر بل هو ترجيح لإعطائهم وغاية الأمر أنه سكت عن اشتراط الفقر فيهم للعلم به وفي «منية المفتي» لو وضع أي: الإمام الخمس في الغانمين لحاجتهم إليه له ذلك انتهى، (**وذكره تعالى للتبرك**) باسمه في افتتاح الكلام لأن له ما في السموات وما في الأرض كذا جاء عن ابن عباس رواه الطبراني وفيه رد لقول أبي العالية: إنه يصرف إلى بناء بيت الكعبة إن كان قريباً وإلا فإلى مسجد كل بلد ثبت فيه الخمس (**وسهم النبي ﷺ سقط بموته**) لأنه حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة ولا رسول بعده، (**كالصفيّ**) بفتح الصاد وكسر الفاء والياء المشددة أي: كما أن الصفيّ وهو ما كان ﷺ يصطفيه من الغنيمة قبل القسمة وإخراج الخمس من درع أو جارية سقط بموته بلا خلاف، (**وإن دخل جمع**) من المسلمين (**ذو منعة**) أي: قوة (**دارهم بلا إذن**) الإمام (**خمس ما أخذوه**) لأنه غنيمة للقهر والغلبة لما أنه يجب عليه نصرهم دفعاً للإهانة عن المسلمين بخلاف الواحد أو الاثنين، وأفهم كلامه أنه لو كان بإذن خمس بالأولى.

وفي «منية المفتي»: لو دخل أربعة خمس ولو ثلاثة لا وفي «التاتارخانية» لو

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٢/٤٠٣).

وإلا لا وللإمام أن ينفل........................

كان بعضهم بإذن الإمام وبعضهم بلا إذنه ولا منعة لهم فالحكم في كل واحد منهم حالة الاجتماع كما في حالة الانفراد، وإن كانت له منعة يجب الخمس انتهى، (**وإلا**) أي: وإن لم يكونوا ذوي منعة (**لا**) أي: لا يخمس ما أخذوه لأنه اختلاس، وظاهره ولو كان بإذن الإمام لكن هذا إحدى الروايتين والمشهور أنه يخمس لأنه به التزم نصرتهم، (**وللإمام أن ينفل**) الغازي بأن يعطيه فوق سهمه يقال: نفله تنفيلاً وجاء في الفصيح مخففاً أيضاً.

ويقال: إنه مندوب لأن فيه تحريضاً على القتال فإن قلت: التحريض مأمور به فهو واجب لا مندوب قلت: المندوب إنما هو اختيار الأنشاط دون غيره لما أنه أدعى إلى المقصود أما هو في نفسه فواجب مخير لأنه قد يكون أيضاً بالموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله بقوله حال القتال قيد به القدوري ولابد منه لأنه بعده لا يملكه الإمام وقبل ما داموا في دار الحرب يملكه كذا في «السراج» ويؤيد هذا القيل أن قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[1] إنما كان بعد الفراغ من خيبر ولم أر جوازه قبل المقاتلة وقد يؤيد هذا القيل من قتل قتيلاً سماه بذلك لقربه من القتل وسواء سمع القاتل ذلك أم لا وقد يكون بدفع الدراهم والدنانير فله سلبه هذا اللفظ يدخل فيه الإمام أيضاً بخلاف ما إذا قال: منكم، ولو قال: من قتلته أنا فلي سلبه لا يستحقه ويقع هذا اللفظ على كل قتال في تلك السفرة ما لم يرجعوا، وإن مات الوالي أو عزل ما لم يمنعه الثاني كما في «التتارخانية» قيل وبقوله من أصاب شيئاً فهو له ذكره في «الحواشي السعدية».

وفي «المنية» قال أمير العسكر: إن قتلت ذلك الفارس فلك كذا فقتله فلا شيء له ولو قال إن قطعت رؤوس أولئك القتلى فلك كذا استحق القاطع وبقوله أيضاً للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس ليس بقيد إذ لو نفل بربع الكل جاز لأن/ له أن ينفل السرية بالكل فهذا أولى كذا في «الشرح» وفي «السير» لو قال للعسكر: كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لأن فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال: ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص. [٣٢٦/أ]

قال في «الفتح»: وهذا يبطل ما ذكر في «الحواشي» لاتحاد اللازم فيهما بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئاً فهو أولى بالبطلان وبه ينتفي أيضاً ما مر أنه لو نفل

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٧٣)، ومسلم في صحيحه (١٧٥١).

وينفل بعد الإحراز من الخمس فقط والسلب للكل إن لم ينفل وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه.

بجميع المأخوذ جاز لأن فيه زيادة إيحاش الباقين وإثارة الفتنة، ولو اجتمع رجلان على قتل حربي اشتركا في سلبه وقيده في «شرح الطحاوي» بأن يقاوم الكل فإن كان ضعيفاً كان سلبه غنيمة، ولو قيد الإمام بقوله وحده لا يستحقان ولو كان الخطاب لواحد فشاركه غيره استحقه المخاطب وحده ولو قتل رجلين كان له سلب الأول فقط إلا إذا قتلهما معاً فإنه يخير في أخذ سلب أيهما شاء، ويستحق السلب من يستحق السهم والرضخ بشرط أن يكون المقتول مباح الدم فلا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان، (**وينفل بعد الإحراز**) بدارنا (**من الخمس فقط**) لأن حق الغانمين به تأكيد ولا حق لهم في الخمس فجاز أن ينفل منه، وأورد أنه إن لم يكن حقاً لهم فهو للأصناف الثلاثة فلا يجوز إبطال حقهم أيضاً وأجيب بأنه إنما يجوز باعتبار جعل المتنفل من الأصناف الثلاثة وصرفه إلى واحد كاف ولذا قال في «الذخيرة»: لا ينبغي للإمام أن يضعه في الغني لأن الخمس حق المحتاجين فجعله للأغنياء إبطال لحقهم.

قال في «البحر»: لكن تصريحهم بأنه تنفيل يدل على جوازه للغني ومن العجب قول الزيلعي: لا يجوز للغني فإن ظاهر ما في «الذخيرة» عدم الحرمة وأقول: ممنوع بل ظاهر في الحرمة كما قال الشارح لأن إبطال حق الغير لا يجوز، (**والسلب**) محركاً أي: المسلوب والجمع أسلاب (**للكل**) أي: لكل العسكر (**إن لم ينفل**) الإمام به القاتل لقوله ﷺ لحبيب بن أبي سلمة «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك»[1] ولأنه أخذ بقوة العسكر فيكون غنيمة (**وهو**) أي: السلب (**مركبه**) أي: المقتول وما على مركبه من السرج والآلة (**وثيابه وسلاحه وما معه**) من ذهب وفضة في حقيبته أو وسطه وخاتم وسوار ومنطقة في الصحيح كما في «الحقائق» وليس منه ما كان مع غلامه أو في خيمته أو على دابته أخرى.

وفي «المحيط» قال الأمير: من قتل قتيلاً فله فرسه فقتل راجل رجلاً ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين كان للقاتل إذا كان مع غلامه بقرب منه لأن مقصود الإمام قتل من كان متمكناً من القتال فارساً، وإن لم يكن بجنبه في الصف لا يكون له ولو كان على بغل أو حمار أو جمل لا يستحق السلب لأن راكب هذه الأشياء لا يسمى فارساً انتهى ووقع في نسخة الشارح فله سلبه وجزم في «البحر» بأنه سبق قلم

---

(١) ذكره ابن حجر في الدراية (٢/١٢٨)، والزيلعي في نصب الراية (٣/٤٣٠) وقال: هكذا وقع في الهداية «حبيب بن أبي سلمة» وصوابه حبيب بن مسلمة.

باب استيلاء الكفار

سبى الترك الروم وأخذوا أموالهم ملكوها وملكنا ما نجده من ذلك..............

بدليل المقاتلة بالبغل والحمار فإنه في هذه الحالة لا يستحق، ولو كان التنفيل بلفظ السلب لا يستحقه، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين ولو مغصوباً من مسلم مستأمن أو معاراً من صبي أو امرأة وأما الملك فيما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام حتى لو قال: من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم لم يحل له وطئها بعد الاستبراء عندهما وقال محمد: يحل وعلى هذا الخلاف البيع والضمان بالإتلاف وأجمعوا أن المتلصص لو أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطئها والله الموفق بمنه وكرمه وجوده وإحسانه.

باب استيلاء الكفار

على بعضهم بعضاً أو على أموالنا، وتقديم استيلائنا عليهم ظاهر الحسن، **(سبى)** كفار **(الترك)** كفار **(الروم)** قال في «القاموس»: الروم بالضم جيل من ولد الروم بن عيصوا ورجل رومي والجمع الروم والترك بالضم جيل من الناس والجمع أتراك انتهى. قال في «البحر»: فما في «النهاية» من أن الترك جمع التركي والروم جمع الرومي ففيه نظر.

وأقول: لا مخالفة بينهما بوجه فإن كلاً من الترك والروم اسم جنس جمعي حتى يفرق بينه وبين مفرده بالياء كزنج وزنجي وغاية الأمر أن الترك الذي هو جمع تركي جمع على أتراك وهذا لا ينفيه صاحب «النهاية» **(وأخذوا أموالهم ملكوها)** لوجود الاستيلاء على مال مباح إذ وضع المسألة فيما/ إذا كان الكل في دار الحرب فيحل [٣٢٦/ ب] الشراء منهم **(وملكنا ما نجده من ذلك)** مما سباه الترك من الروم أو أخذوه من أموالهم كسائر أملاكهم ولو كان بيننا وبين المأخوذ منهم مواعدة لأنا لم نغدرهم.

قال في «الخلاصة»: والإحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل الطائفتين مواعدة فاقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغانمين شيئاً لفقد الملك بعدم الإحراز وفي «الفتح» لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغانمين شيئاً ينبغي أن يقال: إن كان بين الآخذ والمأخوذ قرابة محرمية كالأمومية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز إلا إن دانوا بذلك عند الكرخي وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء وإلا فلا انتهى.

وفي «منية المفتي» إذا باع الحربي ولده من مسلم في دار الحرب عن الإمام أنه

إن غلبنا عليهم وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وإن غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجاناً وبعدها بالقيمة.........................

يجوز ولا يجبر على الرد وعن أبي يوسف أنه يجبر إذا خاصم الحربي ولو دخل دارنا بأمان مع ولده فباع الولد لا يجوز في الروايات كلها، و(**إن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها**) قيل: لأن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف، وهذا لأن العصمة ثبتت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع وإذا زالت الملكية عاد مباحاً وقد قال عليه الصلاة والسلام كما في الصحيح «هل ترك لنا عقيل من دار»[١] وفيه نظر إذ الصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل في الأشياء التوقف والإباحة رأى المعتزلة وعلى هذا فالوجه أن يقال: العصمة من جملة الأحكام الشرعية فمن خوطب بها ظهرت العصمة في حقه وما لا فلا، فبقي في حق الكافر ما لا غير معصوم والاستيلاء عليه موجب للملك قاله ابن الساعاتي.

وأما الحديث فالاستدلال به موقوف على أن الدار كانت لرسول الله ﷺ وأنهم ملكوها بالاستيلاء وليس كذلك بل إنما كانت لأبي طالب واستولى عليها عقيل بالإرث منه وذلك أنه مات وترك علياً وجعفراً مسلمين وعقيلاً وطالباً كافرين فورثاه نعم فيه دليل على أن المسلم لا يرث من الكافر، والأولى هو الاستدلال بقوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين﴾ [الحشر: ٨] سماهم فقراء فدل على أن الكفار ملكوا ما خلفوه من الأموال وهاجروا عنها وليس من يملك مالاً وهو في مكان لا يصل إليه فقيراً بل هو مخصوص بابن السبيل هذا حاصل ما في «الفتح» وقد يقال قد استقر أن أبا طالب وعبد الله والد المصطفى كانا أخوين والظاهر أن الدار كانت للكل فلما ارتحل ﷺ إلى المدينة وضع عقيل يده على كلها ومن هنا قال ﷺ: «وهل ترك لنا عقيل من دار» إذ كيف يقول لنا ولا ملك له فيها كما قرر فتدبره.

(**وإن غلبنا عليهم**) أي: على الذين أحرزوا أموالنا بدارهم (**فمن وجد ملكه**) في الغنيمة مثلياً كان أو قيمياً (**قبل القسمة**) بين المسلمين (**أخذه مجاناً**) أي: بغير شيء (و) إن وجدوه (**بعدها**) أخذه (**بالقيمة**) كذا جاء في السنة ولأن الشركة قبل القسمة عامة فخف الضرر وبعدها إزالة ملك خاص فيأخذه بالقيمة وفيه إيماء إلى أنه لو كان مثلياً لا يأخذه بعدها إذ لا فائدة في أخذه كما هو ظاهر وفي «التتارخانية» لو هرب عبدنا منهم إلى دار الإسلام ومعه مال فأخذه مسلم فإن جاء ربه قبل أن يخمس أخذه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٣٢)، ومسلم (١٣٥١).

وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم وإن فقأ عينه وأخذ أرشه..........

مجاناً وبعدما خمس يأخذه بالقيمة والمال للآخذ. ولو أعتقه فغلبنا عليهم أخذه المولى مجاناً وبطل العتق وإن بعدما أخرجه المسلمون جاز العتق وفي «الملتقط» لو أبق عبدنا منهم يرد إلى سيده وفي رواية يعتق (و) أخذه (**بالثمن لو اشتراه تاجر منهم**) دفعاً للضرر عنه بأخذه مجاناً والقول في مقداره قوله إلا أن يقيم المالك البينة، ولو أقامها فالبينة بينة المالك، وقال الثاني: بينة المشتري وعم كلامه ما لو اشتراه بعوض حيث يأخذه بقيمته فلو كان البيع فاسداً فبقيمة نفسه وقالوا: لو اشتراه بمثله قدراً ووصفاً لا يأخذه ولو فاسداً لعدم الفائدة وهذه ترد على المصنف واتفقت الروايات على أنه لو كان المأخوذ ألفاً هي نقد في بيت/ المال فاشتراها بألف غلة وتفرقا عن [١/٣٢٧] قبض لم يكن للمالك أخذها كذا في «التتارخانية» لأن الجودة والرداءة في الأموال الربوية هدر، وأنه لو اشتراه بخمر أو خنزير لم يكن للمالك أخذه انتهى يعني بالخمر والخنزير ومقتضى ما مر أنه يأخذه بقيمة نفسه وبه صرح في «السراج».

وأفاد المصنف أنه لو رهن المشتري لم يكن للمالك أخذه حتى يفتكه ولا يجبر على ذلك بخلاف ما لو أجره لأنها تنفسخ بالعذر، وأن للوصي أن يأخذه لليتيم إن كان الثمن مثل قيمته وللمودع والمستأجر والمستعير حق الخصومة وفي الاسترداد قبل القسمة وهي بعدها للمستأجر فقط، ولو وهبها أخذها المالك بعد الإخراج إلى دار الإسلام بقيمتها ولو دبرها أو أعتقها من وقعت في سهمه لا يأخذها المالك بخلاف ما لو زوجها وولدت حيث يأخذها مع ولدها لأن التزويج لا يمنع الأخذ، (**وإن**) وصلية (**فقأ**) شخص (**عينه**) في يد التاجر أو قطع يده (**وأخذ أرشه**) يعني لا يحط عنه شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء منه والعين كالوصف لأنها يحصل بها وصف الأبصار وقد كانت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء منه والعقر كالأرش.

قال في «الفتح»: ولو أنه فقأ عيناه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك أخذه للمولى لهما أنه فوت وصفاً فلا يسقط به شيء من الثمن وله أنه طرف مقصود فهو كفوات بعض الأصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الأرش فكان بمنزلته، وهذا ينتقض بمسألة «الكتاب» بل الوجه في الفرق أن فوت الطرف هنا بفعل الملك فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليماً ثم قطع طرفه باختياره فكان راضياً بتبعيضه بخلاف مسألة «الكتاب» لأن الفاقئ غيره بغير رضاه انتهى، وهذا يفيد أن الفاقئ لو كان هو التاجر حط من الثمن مقدار الأرش لكن جعل هذا في «المحيط» رواية عن محمد بعد ما صرح بأن المشتري إذا فقأ عينه فالحكم كما في «الكتاب».

فإن تكرر الأسر والشراء أخذه الأول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك وإن ندَّ إليهم جمل فأخذوه ملكوه وإن أبق إليهم قن لا ولو أبق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجاناً وغيره بالثمن

(**فإن كرر الأسر والشراء**) بأن أسر مرتين فاشتراه في الأولى رجل وفي الثانية آخر (**أخذه**) المشتري (**الأول من الثاني بثمنه**) بغير رضاه لأن الأسر ورد على ملكه فكان حق الأخذ له (**ثم**) المالك (**القديم**) يأخذه (**بالتثمين**) لأنه قام عليه بهما ودل كلامه أنه ليس للقديم أن يأخذه من الثاني، ولو كان الأول غائباً أو حاضراً أبى عن أخذه لأن الأسر ما ورد على ملكه وفي قوله أخذه إيماء إلى أن الأول لو اشتراه من الثاني لم يكن للقديم أخذه لأن حق الأخذ إنما ثبت له في ضمن عود الملك الأول القديم وبالشراء إنما يثبت ملك جديد قيد بتكرر الأسر لأنه لو لم يتكرر أخذه المالك القديم بما اشتراه إن مثلياً فبمثله وإلا بأن اشتراه مقايضة فبقيمته ويتكرر الشراء لأن الأول لو وهبه له أخذه المالك القديم بقيمته.

(**ولم يملكوا**) بغلبتهم علينا (**حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا**) لعدم محلية هؤلاء للتمليك إذ الحر المعصوم بنفسه وكذا من سواه ثبتت الحرية فيه من وجه، فإذا ظهرنا عليهم فوجد مسلم مدبره أو أم ولده أو مكاتبه أخذه ولو في يد تاجر اشتراه منهم أو واحد من العسكر بعد القسمة أخذه بغير شيء وعوض الإمام العسكري من بيت المال قيمته (**ونملك عليهم جميع ذلك**) لإسقاط الشارع عصمتهم جزاء لكفرهم (**وإن ند إليهم**) من حد ضرب ومصدره القياسي نداء وجاء أيضاً ندودا نحو (**جمل فأخذوه ملكوه**) لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء (**وإن أبق إليهم قن**) سواء كان لمسلم أو ذمي (**لا**) أي: لا يملكونه عند الإمام وقالا: يملكونه قيد بقوله إليهم لأنهم لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه اتفاقاً ولا خلاف أنه لو ارتد وأبق إليهم ملكوه أيضاً بالأخذ ولو كان كافراً من الأصل فهو ذمي تبعاً لمولاه وفي العبد الذي إذا أبق قولان كذا في «الفتح» لهما أن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت، وله أنه ظهرت يده على نفسه/ بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه [٣٢٧/ ب] تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت بالخروج.

وفي شرح «الوقاية» الخلاف فيما إذا أخذوه قهراً وقيدوه وأما إذا لم يكن قهراً فلا يملكونه اتفاقاً (**وإن أبق بفرس أو متاع فاشترى رجل**) ذلك (**كله منهم أخذ**) المالك (**العبد مجاناً**) بغير شيء (و) أخذ (**غيره**) من الفرس والمتاع (**بالثمن**) عند الإمام وقالا: يأخذ العبد أيضاً بالثمن بناء على ما مر من أنهم يملكونه عندهما خلافاً له قيل: كان ينبغي على قوله أن يأخذ الكل مجاناً لأن العبد لما ظهرت يده على نفسه

وإن ابتاع مستأمن عبداً مؤمناً وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم عتق.

ظهرت على ما في يده فتمنع ظهور يد الكافر لنفسه ....[١] وأجيب بأن غايته أنه صار له يد بلا ملك لأن الرق ينافيه فيملكه الكافر بالاستيلاء إذ الغرض أن سبق اليد يمنع استيلائهم وقد وجد والذي ارتضاه الشارح وغيره في الجواب أن ظهور يده مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بأن استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاءهم.

(**وإن ابتاع**) أي: اشترى (**مستأمن عبداً مؤمناً**) أو ذمياً لأنه يجبر على بيعه أيضاً كما في «النهاية» (**وأدخله دارهم**) عتق عند الإمام وقالا: لا يعتق لانقطاع ولاية الجبر على البيع بالدخول في دارهم فبقي في يده عبداً، وله أن تخليصه عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق وعلى هذا الخلاف لو أسلم عبد الحربي وبقي في دارهم فاشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب عتق عنده خلافاً لهما، ولو عرضه على البيع عتق أيضاً قبل المشتري البيع أم لم يقبل كذا في «شرح الطحاوي» قيد بشراء المستأمن لأن الحربي لو أسر العبد المسلم وأدخله داره لا يعتق عليه اتفاقاً للمانع عنده من عمل المقتضى عمله وهو حق استرداد المسلم، (**أو أمن عبد ثمة فجاءنا**) ثمنه مجاناً أو أخرج مراغماً لمولاه فأمن في دارنا بخلاف ما لو خرج بإذنه أو بأمره فأسلم حيث يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه، (**أو ظهرنا عليهم عتق**) العبد في هذه المسائل، ولا يعلم في الثانية خلاف عن أهل العلم لما روي أن عبيداً من الطائف أسلموا، وإليه ﷺ خرجوا فقضى عليه الصلاة والسلام بعتقهم وقال: «هم عتقاء الله»[٢]. قال في شرح الطحاوي: ولا يثبت ولا العبد الخارج إلينا مسلماً لأحد لأن هذا عتق حكمي.

تتمة: جنى عبد خطأ أو أفسد متاعاً ثم أسره العدو وظهروا عليه فهو لهم ثم تبطل الجناية دون الدين بخلاف ما لو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون في الغنيمة فأخذه المولى حيث لا تبطل لأنه يعيده إلى قديم ملكه، ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل بحال ولو أسروا جارية مرهونة بألف هي قيمتها أو اشتراها رجل بألف أخذها الراهن بها ولم تبق رهناً إلا أن يرد المرتهن على الراهن الألف، ولو كان الثمن أقل كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن فتكون رهناً عنده، ولو أسروا متزوجة لا يبطل النكاح لأن نقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والقياس القاطع به إنما هو تباين الدار حقيقة وحكماً والمسألة في دار الإسلام حكماً وإن كانت في دار الحرب حقيقة كذا في «الفتح».

---

(١) كلمة غير واضحة في الأصل. (٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤/٣١٦).

باب المستأمن

دخل تاجرنا ثمة حرم تعرضه لشيء منهم فلو أخرج شيئاً ملكه ملكاً محظوراً فيتصدق به..............................

باب المستأمن

أي: الطالب للأمان لما كان الاستئمان إنما يكون بعد القهر الذي به يكون الاستيلاء أخره عنه وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر الحسن (**دخل تاجرنا**) معاشر المسلمين أضاف الدخول إليه إيماء إلى أنه بأمان لأنه لا يدخل إلا به حفظاً لما بيده وفي إضافته إلينا إيماء أيضاً إلى إسلامه (**ثمة حرم تعرضه بشيء**) من الدماء والأموال والفروج (**منهم**) أي: من أملاك أهل الحرب لأنه غدر وهو منهي عنه إلا إذا غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو غيره بعلمه وسكت فله التعرض بأخذ الأموال وقتل الأنفس كالأسير والمتلصص، وخرج بالأملاك ما لو وجد من لا يملكه الحربي من امرأته وأم ولده ومدبرته فيجوز التعرض لهم غير أنه لا يطأ من وطئها الحربي إلا بعد العدة.

وأما إذا أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين ولو خوارج فأسروا ذراريهم ومروا بهم على المسلمين فإنه يجب عليهم قتالهم إن قدروا عليهم لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يلتزموه/ بخلاف الأموال. [٣٢٨/أ] وفي «المحيط» باع الحربي من المستأمن أمة وأم ولده أو عمته أو خالته لا يشتريها منه لأن الحربي وإن ملكها بالقهر فقد صارت حرة ولو قهر الحربي بعض أحرارهم فأراد بيعهم من المستأمن ينظر إن كان الحكم عندهم أن من قهر منهم صاحبه نفد ملكه جاز الشراء وإلا لا.

فرع نفيس

قال في «المبسوط»: لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيها المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار إلا أن يخاف على نفسه لأنه إذا لم يخف فهو لإعلاء كلمة الكفر. (**فلو أخرج**) التاجر (**شيئاً**) إلى دارنا (**ملكه**) لتحقق الاستيلاء على مال مباح ملكاً (**محظوراً**) أي: خبيثاً (**فيتصدق به**) وجوباً لحصوله بسبب محظور وهو الغدر حتى لو كان جارية لا يحل له وطئها ولا للمشتري منه بخلاف البيع الفاسد.

وقالوا: لو تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجها قهراً إلى دارنا ملكها يعني إذا

فإن أدانه حربي أو أدان حربياً أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم يقض بشيء وكذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا وإن خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب.

أضمر في نفسه أن يخرجها ليبيعها وهذا القيد لا بد منه حتى لو أخرجها كرهاً لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث يشاء.

قال في «الفتح»: ينبغي أن لا يملكها كما لو أخرجها طوعاً قيد بالإخراج لأنه لو غصب منهم شيئاً وجب عليه رده (**فإن أدانه حربي**) أي: باعه شيئاً بالدين (**أوأدان**) التاجر (**حربياً**) أو باعه كذلك كذا في «الشرح» وغيره وهو ظاهر في عدم شموله للفرض ويؤيده ما في «القاموس» أدان واستدان وتدين أخذ ديناً والدين ما له أجل وما لا أجل له فقرض وأدانه اشترى بالدين أو باع بالدين ضد انتهى، مع أن الحكم فيهما واحد لكن في «المغرب» أدنته ودينته أقرضته وعلى هذا فما في «الكتاب» يشمل القرض أيضاً لكن في «طلبة الطلبة» أدان بالتشديد من باب الافتعال أي: قبل الدين والدين غير القرض لأن القرض اسم لما يقرض ويقبض والدين اسم لما يصير في الذمة بالعقد وبالاستيلاء أو بالاستقراض كذا في «السراج».

وحاصله أن من قصر المداينة على البيع بالدين شدد ومن أدخل القرض ونحوه خفف وهو أولى، (**أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم يقض بشيء**) أما في الإدانة فلأنه لا ولاية له وقتها ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى بل في المستقبل واستشكل قولهما بأن السلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقاً فصار كما لو خرجا مسلمين وأجاب في «الكافي» بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك كذا في «الفتح»، وأما الغصب فلأنه صار ملكاً لمن استولى عليه لمصادفته مالاً مباحاً، وقال الثاني: نقص بالدين على المسلم دون الغصب، قال الشارح: ويفتى برد المغصوب، زاد في «الفتح» ويرد الدين أيضاً والله الموفق، (**وكذلك**) أي: لا يقضى بشيء (**لو كانا**) أي: المتحاكمان (**حربيين و**) الحال أنهما قد (**فعلا ذلك**) يعني ما مر من الإدانة والغصب (**ثم استأمنا**) أي: دخلا دارنا بأمان لما مر.

وفي «المحيط» ادعى مسلم على حربي أنه أسير وقال: كنت مستأمناً فالقول للحربي إلا إذا قامت قرينة كأن يكون مغلولاً أو مع عدد من المسلمين (**وإن خرجا**) أي: الحربيان من دار الحرب (**مسلمين**) وتحاكما (**قضي بالدين**) لوقوعه صحيحاً للتراضي والولاية قائمة حال القضاء (**دون الغصب**) لما مر، ولا يؤمر بالرد لأن ملكه

مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ، ولا شيء في الأسيرين سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم مسلماً أسلم ثمة لا يمكن مستأمن فينا سنة وقيل له: إن أقمت سنة وضع عليك الجزية ....

صحيح لا خبث فيه (**مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه**) عمداً كان أو خطأ (**تجب الدية في ماله**) لأن العصمة الثابتة بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول ولم يجب القصاص في العمد لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعه ولا وجود لها دون الإمام ومعلوم أن العاقلة لا تعقل العمد فوجب في ماله، وأما الخطأ فإنما لم يجب عليهم فيه لأن وجوبها باعتبار الصيانة ولا قدرة لهم عليها مع تباين الدارين (و) تجب (**لكفارة**) أيضاً (**في الخطأ**) لإطلاق النص دون العمد (**ولا شيء**) من قتل أو مال (**في الأسيرين**) إذا قتل أحدهما صاحبه عمداً كان أو خطأ (**سوى الكفارة في الخطأ**) عند الإمام وقالا: تجب الدية في ماله مطلقاً لأن العصمة لا تبطل بالأسر كالاستئمان/ [٣٢٨/ب] وامتناع القصاص لما مر وله أنه بالأسر صار تبعاً لهم بدليل أنه يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فبطل الإحراز فصار (**كقتل مسلم مسلماً أسلم ثمة**) أي: في دارهم فإنه لا شيء فيه سوى الكفارة في الخطأ اتفاقاً لعدم الإحراز بدارنا والله الموفق للإتمام.

فصل في استئمان الكافر

(**لا يمكن**) كافر (**مستأمن**) دخل دارنا بأمان أن يمكث (**فينا**) أي: في دارنا معشر المسلمين (**سنة**) قيد به لأنه لو دخلها بغير أمان كان وما معه فيئاً، ولو قال: دخلت بأمان إلا أن يثبت ولو قال مسلم: أنا أمنته، لم يصدق إلا أن يشهد رجلان غيره وسواء أخذ قبل الإسلام أو بعده عند الإمام وقالا: إن أسلم قبله فهو حر ثم إن أخذه واحد من المسلمين لا يختص به عنده وظاهر قولهما أنه يختص به، ولو دخل الحرم فهو فيء أيضاً عند الإمام فيؤخذ.

وقالا: لا يؤخذ ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤذى ولا يخرج كذا في «الفتح» وفيه إذا دخل بلا أمان وقال: أنا رسول الملك فإن كان معه كتاب بعلامة تعرف به ذلك كان آمناً لأن الرسول لا يحتاج إلى أمان خاص (**وقيل له**) القائل هو الإمام أو نائبه: (**إن أقمت**) فينا (**سنة وضع عليك الجزية**) لأنه لا يمكن من الإقامة الدائمة إلا بالاسترقاق أو الجزية ويمكن من اليسيرة لأن في منعها قطع الجلب وغيره ففصلنا بينهما بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية، والوضع عليه ليس بشرط فلو قال: أخذنا منك الجزية لكان أظهر والتقدير بالسنة اتفاقي بل له أن يقدر أقل من ذلك كالشهر والشهرين.

قال في «الفتح»: إلا أنه لا ينبغي أن يلحقه غرم بتقصير المدة جداً خصوصاً إذا

فإن مكث بعده سنة فهو ذمي فلم يترك أن يرجع إليهم كما لو وضع عليه الخراج..........

كان له معاملات يحتاج إلى قضائها في مدة مديدة (**فإن مكث سنة بعد القول فهو ذمي**)، هذا ظاهر في توقف كونه ذمياً على قول الإمام أو نائبه كما مر حتى لو أقام سنين من غير أن يقول له شيئاً كان له أن يرجع وبه صرح العتابي في «فتاواه» وإليه أشار صاحب «الهداية» في التعليل، قال في «النهاية»: ولفظ «المبسوط» يدل على أن تقدمه ليس بشرط إنما الشرط إقامته فيها سنة وفي «الفتح» والأول هو الأوجه.

قال في «الحواشي السعدية»: ولعل فيه روايتين وبما في «المبسوط» جزم به في «الدرر والغرر» حيث قال: لو قال له: إن أقمت فينا مدة أو لم يقل لكنه أقام حولاً كان ذمياً وينبغي أن تظهر فائدة الخلاف في ابتداء المدة التي يصير بإقامتها ذمياً فعلى الأول من وقت التقدم وعلى الثاني من وقت الدخول والقولان مذكوران في «السراج» ولا تؤخذ منه جزية في السنة التي أقامها إلا إن قال له: إن أقمتها أخذت منك الجزية فكذا في «الفتح» وفيه لو مات المستأمن في دارنا وله ورثة في دار الحرب وقف ماله لهم فإن قدموا فلا بد أن يقيموا بينة ولو من أهل الذمة فيأخذون المال بكفيل، قيل: هذا قولهما خلافاً له، وقيل: هو قولهم جميعاً ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتاب (**فلم يترك**) أي: الحربي يعني لم يكن (**أن يرجع إليهم**) أي: إلى أهل الحرب ولو لتجارة أو قضاء حاجة كما هو مقتضى الإطلاق وهذا لأن عقد الذمة لا ينقض كيف وفيه مضرة على المسلمين وقطع الجزية عنهم وهذا يؤذن بمنع الذمي من الرجوع إلى دار الحرب (**كما لو وضع عليه الخراج**) أي: كما لا يمكن من العود فيما لو وضع عليه الخراج بأن ألزم به وأخذ منه عند حلول وقته وذلك بمباشرة سببه وهو زراعة الأرض أو التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة إذا كان خراج مقاسمة لأنه يؤخذ منه لا من المالك، بخلاف ما إذا كان خراجها على مالكها فإنه لا يصير ذمياً إذا دخل وقت الأخذ وكذلك إذا أخذ منه العشر على قول محمد، ولا يظن بوضع الخراج وتوظيفه أن يقول الإمام: وظفت على هذا الخراج ونحوه لأن الإمام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة للأراضي المعلومة استمر على كل من صارت إليه كذا في «الفتح».

وذكر الحدادي أنه لو أصاب الزرع آفة لا يصير ذمياً وفي «التتارخانية» / [٣٢٩/أ] لو غصبت منه فإن زرعها الغاصب لا يصير ذمياً وإلا فهو ذمي والصحيح أنه يصير ذمياً في الوجهين وإن سقط الخراج عنه كما سيأتي، ولو استعارها من ذمي صار المستعير ذمياً وفي قوله وضع دليل على أنه لا يصير ذمياً بمجرد الشراء وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح لأنه قد يكون للتجارة ثم إذا ألزمه خراج الأرض تلزمه الجزية لسنة مستقبلة،

أو نكحت ذمياً لا عكسه فإن رجع إليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين عليهما حل دمه فإن أسر أو ظهر عليهم فقتل سقط دينه........................

(**أو نكحت**) الحربية التي دخلت دارنا بأمان (**ذمياً**) فيه دليل على أنها صارت ذمية بنفس التزويج كذا في «الشرح» وكان وجهه إضافة النكاح إليها وهذا لأنها التزمت المقام معه، وقيد بالذمية ليفيد أنها تصير ذمية بنكاح المسلم بالأولى كذا في «الفتح» يعني لو كانت كتابية لما مر.

ومن ثم قالوا: لو أسلم الزوج وهي كتابية صارت ذمية بخلاف ما لو كانت مجوسية وكذا لو صار الزوج ذمياً، وهذه ترد على المصنف إلا أن يعطي للدوام حكم الابتداء، (**لا عكسه**) أي: لا يصير المستأمن بتزوجه ذمية ذمياً لعدم التزامه المقام لإمكان طلاقها هكذا جرى عليه هنا في «الهداية» تبعاً لغيره إلا أنه في آخر الحضانة جزم بأنه يصير بتزوجها ذمياً، قال في «النهاية»: ووجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت بخط المصنف هذه الجملة وما في بعض النسخ وقع سهواً انتهى يعني من الكاتب، وهذا الجواب هو أيسر الأجوبة والله الموفق.

وفي «التتارخانية» لو طالبته بصداقها وقد تزوجها في دارها كان لها أن تمنعه من الرجوع إلى داره لا إن تزوجها في داره انتهى، ولو لم يقدر على وفائه حتى مضى حوله ينبغي أن يكون ذمياً على ما في «المبسوط» وعرف من هذا حكم الدين الحادث في دارنا (**فإن رجع**) المستأمن بعد وضع الجزية عليه (**إليهم**) أي: إلى أهل الحرب ولم يقل: إلى داره لأنه لا فرق في رجوعه بين أن يكون إليها أو إلى غيرها من ديار الحرب (**وله**) أي: والحال أن له (**وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين عليهما حل دمه**) لأنه به بطل أمانه وقوله: وله وديعة هذه الجملة سقطت في بعض النسخ وهي الأولى لأن جواز قتله بعوده ليس موقوفاً على ذلك كذا في «البحر».

ولك أن تقول: إن فرضها كذلك إيماء إلى أن بطلان أمانه في ذاته لا يوجب بطلانه في ماله فبقي ماله على ما هو عليه فلو ثبت من يأخذ الوديعة والقرض وجب التسليم إليه كذا في «السراج» وعلى هذا فلو كان عليه دين لمسلم أو ذمي ينبغي أن يوفى منه، فإن كانت الوديعة من غير جنس الدين باعها القاضي ووفى منها وقد أفتيت بذلك ومن ثم قال: (**فإن أسر**) الراجع إليهم (**أو ظهر**) بالبناء للمجهول بمعنى غلب كما في «المغرب» (**عليهم**) أي: على أهل الحرب الذي رجع إليهم (**فقتل سقط دينه**) لأن إثبات اليد عليه بإثبات المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق من يد العامة فيختص به فيسقط ولا طريق لجعله فيئاً لأنه الذي يؤخذ قهراً ولا يتصور ذلك في الدين، قال في «البحر»: وينبغي أن تكون العين المغصوبة كالدين انتهى.

وصارت وديعته فيئاً وإن قتل ولم يظهر عليهم أو مات فقرضه ووديعته لورثته وإن جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثمة وولد ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء وإن أسلم ثمة فجاءنا فظهر عليهم فولده الصغير حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فيء ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له أو حربياً جاءنا بأمان فأسلم فديته على عاقلته للإمام.........

وأقول: وعلى هذا فلو كان له بمسلم في شيء أو أجرة عين سقطا عمن هو عليهما (**وصارت وديعته فيئاً**) لجماعة المسلمين كنفسه لأن يد المودع كيده حكماً قيل: هذا قول أبي يوسف، وقال محمد: يصير فيئاً للسرية التي أسرته وسكت عن الرهن وقد قال أبو يوسف في المرتهن: إن المرتهن يأخذه بدينه، وقال محمد: يباع فيوفى منه الدين والفاضل لبيت المال.

قال في «البحر»: وينبغي ترجيحه لأن ما زاد على قدر الدين في حكم الوديعة وهي فيء وأنت خبير بأن تقديم قول أبي يوسف يؤذن بترجيحه وهذا لأن الوديعة إنما كانت فيئاً لما مر من أنها في يده حكماً ولا كذلك الرهن (**وإن قتل**) في الحرب (**ولم يظهر على الدار أو مات**) حتف أنفه (**فقرضه**) أي: دينه فدخل فيه ثمن ما باعه كغيره (**ووديعته لورثته**) لأن حكم الأمان باق لعدم بطلانه فيرد على ورثته لقيامهم مقامه، (**وإن جاءنا**) معاشر المسلمين (**حربي بأمان و**) الحال أن (**له زوجة ثمة**) أي: في دار الحرب (**وولْد**) جمع ولد صغار أو كبار أو كانت زوجته حاملاً (**ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم هنا**) أي: في دار الإسلام أو صار ذمياً (**ثم ظهر عليهم**) أي: على الحربيين الذين هو منهم/ (**فالكل**) أي: جميع ما ذكر (**فيء**)، أما المرأة ولو حاملاً [٣٢٩/ ب] وأولاده الكبار وعتاده فلعدم تبعيتهم له وأما الصغار فتبعيتهم له في الإسلام مع تباين الدارين لا يتحقق، نعم لو سبي الصغير وأدخل إلى دار الإسلام تبعه في الإسلام مع بقاء رقيته لعدم التنافي بينهما وأما أمواله فلأنها لا تصير محرزة بإحراز نفسه لاختلاف الدار، (**وإن أسلم**) الحربي (**ثمة فجاءنا**) إلى دار الإسلام (**فظهر عليهم فولده الصغير حر مسلم**) تبعاً له لاتحاد الدار (**وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له**) لأنه في يد محترمة ويده كغيره (**وغيره**) أي: غير ما ذكر وهو زوجته وولده الكبير وعقاره وماله عند حربي فلما مر وأما الحربي فلأن ما في يده ليس معصوماً إذ ليست محترمة ودخل في الغيرية العين المغصوبة في يد مسلم أو ذمي فإنها أيضاً تكون (**فيئاً**) لعدم النيابة كذا في «الفتح» (**ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له**) أصلاً (**أو**) قتل (**حربياً**) لا ولي له في دارنا وبهذا تغاير موضوع المسألتين.

فقوله في «البحر»: لو اقتصر على الأولى لعلمت الثانية فيه نظر، (**جاءنا بأمان فأسلم فديته**) أي: المقتول (**على عاقلته للإمام**) أي: له أن يأخذها فيضعها في بيت

وفي العمد القتل أو الدية لا العفو.

باب العشر والخراج والجزية

أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة..........................

المال وهذا هو المقصود بذكر هاتين هنا وإلا فحكم الخطأ لزوم الدية كما سيأتي في الجنايات، ولذا لم يذكر الكفارة (و) الواجب (**في العمد**) إما (**القتل**) قصاصاً (**أو الدية**) صلحاً برضى القاتل والخيار إلى الإمام فأيهما رآه أصلح فعله فإن قلت: الدية أنفع للمسلمين على كل حال فينبغي أن يقتصر عليها قلت: قد يكون القصاص هو الأنفع باعتبار كثرة القتل وأن به ينزجر أمثاله وإلى ذلك الإشارة بقوله سبحانه ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي﴾ [البقرة: ١٧٩] ثم هذا قولهما وقال الثاني: ليس له القصاص لأنه لا يخلو عن الوارث غالباً أو أنه محتمل فكأن فيه شبهة.

قلنا: المجهول الذي لا يمكن الوصول إليه ليس بولي وهذا لأن الحق إنما يثبت للولي بطريق قيامه نظراً للميت ولا نظر له في المجهول لأنه لا ينتفع به فصار وجوده لعدمه فتنتقل الولاية إلى السلطان أو إلى العامة كما في الإرث، كذا في «الشرح» وهو ظاهر في أن من لا وارث له معلوم يرثه بيت المال، (**لا العفو**) أي: ليس له العفو لأن الحق للعامة والإمام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً والله أعلم بالصواب.

باب العشر والخراج

شروع فيما على المستأمن في أرضه من الوظائف المالية إذا صار ذمياً بعد الفراغ عما به يصير ذمياً وذكر العشر معه تتميماً لوظيفة الأرض وقدمه لما فيه من معنى العبادة كذا في «شرح الهداية» إلا أن فيه عنونة الباب بما ليس بمقصود وقد استقبحه السيد الجرجاني في أوائل مباحث الكليات من «حاشية المطالع»، والعشر لغة: الواحد من العشرة، والخراج: اسم لما يخرج من نماء الأرض أو الغلام سمي به ما يأخذه الإمام من وظيفة الأرض والرأس، (**أرض العرب**) وهي كما قال الكرخي: أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية أي: البادية، والذي ذكره غيره أن مكة من تهامة بكسر التاء وفتحها لأنها اسم: لكل ما ترك من نجد من بلاد الحجاز سميت بذلك من التهم بفتح التاء والهاء وهي: شدة الحر أو لتغير هوائها، يقال تهم الدهر إذا تغير (**وما**) أي: والأرض التي (**أسلم أهله**) ذكر الضمير هنا وفيما سيأتي مراعاة للفظ ما، (**أو فتح عنوة**) بالفتح

وقسم بين الغانمين عشرية والسواد وما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو فتح صلحاً خراجية...

قال ابن ملي: والفقهاء يعدلون عن الصواب فيضمون العين، قال الفارابي: وهو من الأضداد ويطلق على الطاعة والقهر وهو المراد هنا (**وقسم بين الغانمين عشرية**) أما أرض العرب فلأنه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام ولا عن أحد من الخلفاء أخذ خراج من أراضيهم وكما لا رق عليهم فلا خراج على أراضيهم، وأما ما فتح عنوة وقسم فلأن الحاجة في ابتداء التوظيف على المسلم والعشرية أليق لما فيه من معنى العبادة.

(**والسواد**) أي: سواد العراق يعني أرضه سمي بذلك لكثرة اخضراره ولا يكون ذلك إلا في القرى ومن ثم قال العيني المراد بالسواد القرى، وحده طولاً من العلث إلى عبادان وعرضاً من العذيب/ إلى عقبة حلوان والعلث بفتح العين المهملة [٣٣٠/أ] وبالمثلثة قرية على شاطئ شرقي دجلة وعبادان بتشديد الموحدة حصن صغير على شاطئ النهر، وبالأيام اثنان وعشرون يوماً ونصف يوم والعرض عشرة أيام، (**وما**) أي: والأرض التي (**فتح عنوة وأقر أهله عليه**) هذا أعني إقرار الأهل حذفه بعضهم لأنه ليس بشرط في كونها خراجية إنما الشرط عدم قسمتها صرح بذلك في «شرح الطحاوي»، (**أو فتح صلحاً خراجية**)، أما السواد فلأن عمر رضي الله تعالى عنه وضع عليه الخراج[1] بمحضر من الصحابة وهو أشهر من أن ينقل وكذا على مصر حين فتحها عمرو بن العاص واجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام وأما ما أقر أهلها فلأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به وكذا هذا الحكم فيما لو نقل إليها غير أهلها، أطلق فيما أقر أهله عليه وقيده في «الجامع الصغير» بما سقي بماء الأنهار أما المسقي بعين فعشرية.

قال الشارح: وأراد الأنهار التي احتفرتها الأعاجم لتكون المسألة إجماعية، أما العظام كسيحون ففيها خلاف أبي يوسف ومحمد، وذكر مراده من التفصيل في حق المسلم أما الكافر فيجب عليه الخراج من أي ماء سقى لأنه لا يبتدأ بالعشر فلا يتأتى التفصيل في حالة الابتداء إجماعاً وإنما الخلاف في حالة البقاء فيما إذا ملك أرضاً عشرية هل يجب الخراج أو العشر أو العشران وقد ذكرناه في الزكاة انتهى، وبه عرف أنه لا إشكال في كلام محمد كما قد توهم.

واعلم أنه لو باعها أو وقفها بقي الخراج على حاله وعلى هذا فيجب الخراج على الموقوف من الأراضي المصرية إذ قد علمت أنها خراجية لكن قال في «الفتح»:

---

(١) ذكره الزيعلي في نصب الراية (٣/ ٤٣٨).

ولو أحيا أرضاً مواتاً يعتبر قربه والبصرة عشرية وخراج جريب صلح للزرع...........

المأخوذ الآن منها إجارة لا خراج، ألا ترى أن الأرض ليست مملوكة للزراع وكأنه لموت المالكين شيئاً فشيئاً من غير خلاف ذرية فصارت لبيت المال، وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الإمام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأن نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره إلا لضرورة كعدم وجود ما ينفقه سواه، فلذا كتبت في فتوى رفعت إلي في شراء السلطان الأشرف برسباي لأرض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه؟ فكتبت إذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله تعالى جاز ذلك انتهى.

قال في «البحر»: وهذا على رأي المتقدمين أما على رأي المتأخرين فلا ينحصر جواز بيع عقار اليتيم فيما ذكر بل فيه وفيما إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا منه أو رغب فيه بضعف قيمته فكذلك نقول للإمام بيع العقار لغير حاجة إذا رغب فيه بضعف قيمته انتهى، وفي «الخلاصة» من فصل الخراج من البيوع أرض خراج مات مالكها فللسلطان أن يؤجرها ويأخذ الخراج من أجرتها وفي سير «واقعات» الناطفي في الباب الثاني لو أراد السلطان أن يشتريها لنفسه يؤمر غيره بأن يبيعها ثم يشتريها منه لنفسه انتهى وإذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال فالأصل هو الصحة وبهذا عرف صحة الوقف في الأرض المنقولة بالشراء من بيت المال وأن شروط الواقفين صحيحة يجب اتباعها لا أنها باقية على حكم بيت المال كما قد توهم، وعرف أيضاً أنه لا خراج على أراضيها والله الموفق.

(**ولو أحيا**) المسلم (**أرضاً مواتاً يعتبر قربه**) أي: قرب ما أحياه فإن كان إلى الخراج أقرب كانت خراجية وإن كان إلى العشر أقرب فعشرية، وهذا قول الثاني لأن ما قرب من الشيء يعطى حكمه ألا ترى أن لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وإن لم يكن ملكاً له، واعتبر محمد ما يحيى به فإن كان بماء الخراج فخراجية وإلا فعشرية، وفي «الينابيع» لو كانت الأرض عشرية وشرابها خراجي فهي خراجية عند أبي يوسف، ولا خفاء أن الكافر لو أحياها كانت خراجية اتفاقاً، (**والبصرة عشرية**) بإجماع الصحابة وكان القياس أن تكون خراجية لأنها من خير أرض الخراج لكنه ترك للإجماع كذا في «الهداية».

قال الشارح: وهذا ليس بظاهر لأنه إنما يعتبر الخير في المحياة وهذه فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فكان القياس أن تكون خراجية فترك لما مر، (**وخراج جريب صلح للزراعة**) وهو أرض طولها ستون ذراعاً وعرضها كذلك بذراع كسرى، قال في

صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم..........

«الكافي»: هذا حكاية عن جريب أراضيهم وليس بتقدير لازم وإنما يعتبر/ في كل [٣٣٠/ ب] بلدة متعارف أهله انتهى.

وقد تعارف أهل مصر التقدير بالفدان وما في «الكافي» من التقدير بالستين يقتضي اتحاد الواجب مع اختلاف المقادير والمعول عليه ما مر كذا في «الفتح» وخرج غير الصالح فلا شيء فيه، **(صاع)** سكت عن مقداره اكتفاء بما مر في صدقة الفطر وأفاد إطلاقه أنه يؤخذ من كل مزروع فيه لا بقيد كونه من حنطة هو الصحيح **(ودرهم)** من أجود النقود كما في «الشرح» سواء تكرر زرعه أو اتحد وفي «الهداية» وفي ديارنا وظفوا الخراج من الدراهم في الأراضي كلها لأن التقدير يجب أن يكون مقدار الطاقة من أي شيء كان انتهى.

قال في «الفتح»: قلت: وكذا في غالب أراضي مصر بخلاف أراضي الصعيد فإن غالب خراجها قمح وأنت خبير بأن هذا غفلة عما نقله عن «الفتح» كما قدمناه من أن المأخوذ من أراضي مصر أجرة لا خراج **(وفي جريب الرطبة خمسة دراهم)** وهي البرسيم والقرطم في لغة أهل مصر وفي «الغاية» الرطبة اسم للقضيب ما دام رطباً، قال العيني: وعلى الثاني اقتصر الجوهري، وفي «المغرب» الرطبة بفتح الراء الإسفست الرطب والجمع رطاب، وفي كتاب «العشر» البقول غير الرطاب فإنما البقول مثل الكراث والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما يجري مجراه والأول هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب، **(وفي جريب الكرم والنخل المتصل)** قيد فيهما وهو ما يتصل بعضه ببعض على وجه تكون كل الأرض مشغولة به وخرج به ما لو كانت متفرقة في جوانب الأرض وفي وسطها مزروعة فلا شيء فيها.

وفي «الفتح» معزياً إلى «شرح الطحاوي» لو أنبت أرضه كرماً فعليه خراجها إلى أن تطعم فإذا أطعم فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم فإن نقص فعليه قفيز ودرهم، **(عشرة دراهم)** هكذا وظفه عمر رضي الله تعالى عنه على أهل السواد بمحضر من الصحابة من غير نكير، وما لم يوظف فيه كالزعفران والبستان وهو كل أرض لها حائط محيطة وفيها نخيل متفرقة وأشجار توضع عليه بحسب الطاقة ونهايتها أن يبلغ الواجب نصف الخراج ولا يزاد عليه فحسب، هذا وسكت عن خراج المقاسمة وهو إذا منّ الإمام عليهم بأراضيهم ورأى أن يضع عليهم جزءاً من الخارج كنصف أو ثلث أو ربع فإنه

وإن لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة ولا خراج إن غلب على أرضه الماء أو انقطع أو أصاب الزرع آفة...

يجوز ويكون حكمه حكم العشر ومن حكمه أن لا يزيد على النصف وينبغي أن لا ينقص عن الخمس قاله الحدادي.

(**وإن لم تطق**) الأرض (**ما وظف**) عليها بأن ضعفت ونقص تركها حتى يبلغ الخارج منها ضعفه (**نقص**) الموظف إلى نصف الخارج كما في «الخلاصة» لقول عمر رضي الله تعالى عنه: «لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لطاقت»[1] قيد بالنقصان لأن الزيادة على ما وظفه عمر أو إمام آخر لا تجوز إجماعاً واختلفوا في الزيادة على ما وظفه عمر عند الابتداء فمنعاه، وقال محمد: تجوز، والصحيح قولهما وظاهر تعليقه جواز النقصان بعدم الإطاقة يفهم أنه لا يجوز معها إلا أنه في «الدراية» قال: دل قولهم لعمر «لو زدنا لطاقت» على أن النقصان عند قلة الريع يجوز بالإجماع لأنه لما جاز بالنقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الأولى انتهى، ولو قيل بوجوبه عند عدم الإطاقة وبجوازه عند الإطاقة لكان حسناً وعليه يحمل ما في «الدراية» فتدبره.

(**ولا خراج إن غلب على أرضه الماء أو انقطع**) الماء أو منع من الزرع لفوات النماء التقديري بالتمكين من الزراعة (**أو اصطلم الزرع آفة**) لفواته أيضاً في بعض السنة وكونه نامياً في جميعها شرط، أطلق في الاصطلام وهو مقيد بقيود الأول لا بد أن يستأصل الزرع فإن بقي بعضه قال محمد: إن بقي مقدار الخراج ومثله وجب وإن أقل فنصفه، قال مشايخنا: والصواب أنه يخرج ما أنفق أولاً ثم ينظر إلى الباقي، الثاني أن الآفة لا بد أن تكون سماوية لا يمكن الاحتراز عنها كالغرق والحرق وشدة البرد فإن لم تكن سماوية وأمكن الاحتراز/ [٣٣١/أ] عنها كأكل القردة والسباع والأنعام لا يسقط، وقيل: يسقط، والأول أصح وذكر شيخ الإسلام أنه بعد الحصاد لا يسقط كذا في «السراج»، الثالث لا بد أن لا يبقى من السنة ما يمكن الزرع فيه ثانياً فإن بقي وجب، قال في «الكبرى»: والفتوى أنه يقدر بثلاثة أشهر.

قال في «الفتح»: ولم يذكر كثير من المشايخ هذا وإعادة الزرع يستدعي موناً كالأول فإن أخرج شيئاً فقصاراه أن يفي بالخراجين فأخذ الخراج إذا لم يزرع والحالة هذه تخسير أصل مال الزارع وكذا إذا زرع انتهى، وفيه بحث لأنه إذا لم يزرع مع تمكنه فالنماء التقديري موجود وكون قصارى الأمر إذا زرع ما ذكر ممنوع بل يجوز

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب فضائل الصحابة (٣٧٠٠)، والزيعلي في نصب الراية (٣/ ٤٤١).

وإن عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب.........

أن يكون أزيد بل هو الأغلب قيد بالخراج لأن الاصطلام لا يسقط ما وجب من الأجر قبله ويسقط ما وجب بعده، وقيل لا يسقط شيء وبه جزم في «الملتقط»، قال في «الولوالجية»: والاعتماد على التفصيل وأنت قد علمت أن المراد بالآفة هي السماوية وإن غيرها لا يسقط الخراج. قال في «البحر»: وبه علم أن الدودة والفأرة إذا أكلا الزرع لا يسقط الخراج انتهى.

وأقول: في كون الدودة ليست سماوية نظر ظاهر بل لا ينبغي التردد في كونها سماوية وأنه لا يمكن الاحتراز عنها وعلى هذا فتسقط الأجرة بأكلها. قال في «الخلاصة»: استأجر أرضاً ليزرعها فزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرقت الأرض ولم تنبت فعليه الأجر تاماً ولو غرقت قبل الزرع فلا أجر عليه، قال في «المحيط»: والفتوى أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع إلا إذا أمكن إعادة زرع مثله أو دونه في الأرض انتهى، (**وإن عطلها صاحبها**) يجب الخراج لأن التقصير جاء من جهته وهذا اللفظ يتناول ما إذا لم يزرعها أصلاً أو زرع فيها الشعير مع صلاحيتها للزعفران قادراً على ذلك حيث يؤخذ منه خراج الأعلى.

قالوا: وهذا مما يعلم ولا يفتى به، وفي إسناد التعطيل إليه إيماء إلى قدرته فإن لم يقدر فللإمام أن يدفعها إلى غير مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الأجرة أو زرعها من بيت المال فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من المشتري ولو باعها في أثناء السنة فإن بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فهو على البائع وعن الثاني أن الإمام يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضاً.

قال في «الفتح»: وهذا صحيح أيضاً هذا كله في الموظف أما في خراج المقاسمة فلا يجب شيء كذا في «السراج» معزياً إلى «الفوائد» وأنت قد علمت أن المأخوذ من أراضي مصر الآن أجرة لا خراج فما يفعل الآن من الأخذ من الفلاح وإن لم يزرع ويسمى ذلك فلاحة وإجباره على السكنى في بلدة معينة ليعمر داره ويزرع الأرض حرام بلا شبهة وأعظم من ذلك منعه من تعليم القرآن أو العلم لذلك والله المنجي من المهالك، (**أو أسلم**) صاحبها يجب أيضاً نظراً إلى معنى المونة فيه (**أو اشترى مسلم**) من كافر (**أرض خراج يجب**) الخراج في المسائل كلها، وقد صح أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم اشتروا من الخراج وكانوا يؤدون خراجه

ولا عشر في خارج أرض الخراج.

فصل في الجزية

الجزية لو وضعت بتراض وصلح لا يعدل عنها..........................

رواه البيهقي[١] (**ولا عشر في خارج أرض الخراج**) عندنا لما رواه الإمام في «مسنده» من قوله ﷺ: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»[٢] ولذا لم يجمع بينهما أحد من أهل العدل والجود وقد مر عد هذا من المسائل التي لا تجمع مع بعضها بما لم تجده في غير هذا الكتاب.

تتمة: ترك له السلطان خراج أرضه جاز عند الثاني إن كان مصرفاً وبه يفتى وكذا لو وهب له وقال محمد: لا يجوز، وما في «الحاوي القدسي» من أنه يحل له على قول الثاني وإن لم يكن مصرفاً وهو الفتوى مخالف لما نقله العامة عنه وأجمعوا أنه لو ترك العشر له لا يجوز ويخرجه بنفسه للفقراء ثم على قول أبي يوسف يعلم حكم الإقطاعات من أراضي بيت المال إذ حاصلها أن الرقبة لبيت المال والخراج له فحينئذ لا يصح بيعه ولا هبته ولا وقفه نعم له إجارته تخريجاً على إجارة المستأجر والعبد الذي صولح على خدمته مدة معلومة والموقوف عليه الغلة والعبد المأذون وإذا مات أو أخرجه السلطان عنه تنفسخ الإجارة كذا قاله العلامة/ [٢٣١/ب] قاسم والقونوي[٣] في رسالة له، ومن حوادث الفتوى ما لو أقطعها السلطان له وأولاده ونسله وعقبه على أن من مات منهم انتقل نصيبه إلى أخيه ثم مات السلطان وانتقل من أقطع له في زمن سلطان آخر هل يكون لأولاده؟ لم أره في كلامهم ومقتضى قواعدهم إلغاء التعليق بموت المعلق فتدبره، هذا وأما إذا أقطعه أرضاً مواتاً أو ملكها السلطان ثم أقطعها له جاز وقفه لها كما في «الخصاف» وذكر الشيخ قاسم أن الإرصاد من السلطان ليس بإيقاف.

فصل

أي: في الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الأول لقوته ولوجوبه وإن أسلموا بخلاف الجزية أو لأنه الحقيقة إذ هو المتبادر عند الإطلاق ولا يطلق على الجزية إلا مقيداً وهذا أمارة المجاز، (**الجزية**) وهي لغة الجزاء بنيت على فعلة دلالة على الهيئة التي هي الإذلال عند الإعطاء والجمع جزى كقرى سميت بذلك لأنها تجزئ عن القتل (**لو وضعت بتراض**) أي: (**صلح لا يعدل عنها**) فلا يزاد عليها تحرزاً

---

(١) لم أعثر عليه في ما بين يدي من مصادر.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٤٢)، وفي جامع مسانيد أبي حنيفة (١/٤٦٢).

(٣) تقدمت ترجمته فيما سبق.

وإلا يوضع على الفقير المعتمل في كل سنة اثنا عشر درهماً وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه.........................

من الغدر ولا ينقص منها لما في «أبي داود»: «صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب»[1] انتهى.

ونجران أرض من خير اليمن وأهلها كانوا نصارى فما في «الهداية» من أنه صالح بني نجران على ألف ومائتي حلة ليس بصحيح وقد بين أبو يوسف في كتاب «الخراج» الحلة فقال: كل حلة أوقية يعني قيمتها كذلك فقول «الولوالجية» كل حلة خمسون درهماً ليس بصحيح لأن الأوقية أربعون درهماً والحلة ثوبان إزار ورداء وتعتبر هذه الحلة في مقابلة ما يؤخذ من رؤوسهم وأراضيهم كذا في «الفتح».

وفي «الخانية» وتؤخذ الحلة من بني نجران دون الدراهم (**وإلا**) أي: وإن لم توضع بتراض بل بالقهر بأن فتح الإمام البلدة عنوة وأقرهم على أملاكهم (**يوضع على الفقير المعتمل**) أي: المكتسب والاعتمال كالاضطراب في العمل وهو الاكتساب والمراد القدرة عليه حتى لو لم يعمل مع قدرته وجبت كمن عطل الأرض.

وفي «الينابيع» الفقير المعتمل هو الذي يقدر على تحصيل الدراهم والدنانير بأي وجه كان وإن لم يحسن حرفة، (**كل سنة اثني عشر درهماً**) وهذا التفصيل مأثور عن عمر وغيره (و) توضع (**على وسط الحال**) وهو من يملك دون المائتين (**ضعفه** و) توضع (**على المكثر**) وهو من يملك عشرة آلاف درهم فصاعداً (**ضعفه**) كذا اختاره في «شرح الطحاوي» قيل: وهو أحسن الأقوال وقال أبو جعفر: يعتبر في كل بلدة عرفها فمن عده الناس فقيراً أو وسطاً أو غنياً فهو كذلك.

قال في «التتارخانية»: وهو الأصح وفي «الخانية» قال الكرخي: الفقير الذي لا يملك مائتي درهم أو أقل والوسط الذي يملك المائتين إلى العشرة آلاف والمكثر هو الذي يملك فوق عشرة آلاف وعليه الاعتماد انتهى، وفي قوله في كل سنة إيماء إلى وجوبها في أول الحول والحول إنما هو للتخفيف قال في «الفتح»: ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة، قال في «البحر»: وينبغي اعتبارها في أولها لأنه وقت الوجوب ثم قال: وظاهر «المختصر» يفيد أن القدرة على العمل شرط في حق الفقير فقط وليس كذلك، فلو حذف الفقير لكان أولى.

وأقول: إنما اعتبروا وجودها في آخرها لأنه وقت وجوب الأداء ومن ثم قالوا: لو كان في أكثر السنة غنياً أخذ منه جزية الأغنياء أو فقيراً أخذت منه جزية الفقراء ولو

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٤١).

وتوضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي..

اعتبر الأول لوجب إذا كان في أولها غنياً فقيراً في أكثرها أن يجب جزية الأغنياء وليس كذلك نعم الأكثر كالكل، وقوله: ولو حذف الفقير لكان أولى ممنوع إذ لو اقتصر على قوله ومعتمل ما أفاد اشتراط القدرة على العمل في حق الغني كيف وقد قابله به فالتحقيق أن القدرة عليه في وسط الحال والغني معلومة من قوله بعد لا تجب على زمن.

وقالوا: لو كان مريضاً في أكثر السنة أو نصفها لا تجب عليه ولو كان موسراً (**وتوضع على كتابي**) وهو من يعتقد كتاباً منزلاً عربياً كان أو أعجمياً كذا في «العناية» وعزاه في «الدراية» إلى «جامعي» فخر الإسلام وشمس الأئمة لأن قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩] لم يفصل ولأنه عليه الصلاة والسلام «صالح أهل نجران»[1] وعمر أخذ من بني تغلب[2] وهم نصارى العرب انتهى كاليهود ويدخل فيهم السامرة لأنهم يدينون بشريعة موسى وإن خالفوهم في فروع والنصارى ومنهم الفرنج والأرمن لقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة:٢٩] وأما الصابئة ففي «الخانية» أنها توضع عليهم عند أبي حنيفة/ [١/٣٣٢] خلافاً لهما يعني بناء على أنهم من النصارى وعندهما يعبدون الكواكب فكانوا كعبدة الأوثان وقد مر في النكاح أن الخلف لفظي وإطلاقه يعم أهل الكتاب من العرب والعجم وفي «الخانية» وأما هل تؤخذ منهم الجزية؟ قالوا: ينظر إن كانوا حديثاً فيهم مرتدون لا تؤخذ منهم ويقتلون وإن كانوا قديماً تؤخذ منهم الجزية، وأما الزنادقة فأخذ الجزية منهم بناء على قبول توبتهم.

وقالوا: إن جاء الزنديق قبل أن يؤخذ فأقر أنه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته وإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته (**ومجوسي**) وهو من يعبد النار لما في «البخاري»: «لم يأخذ عمر من المجوس الجزية حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أنه ﷺ أخذها من مجوسي هجر»[3] (**و**) توضع أيضاً على (**وثني**) وهو من يعبد الوثن وهو ما كان منقوشاً في حائط ولا شخص له والصنم وهو ما كان على صورة الإنسان والصليب وهو ما لا نقش فيه ولا صورة تعبد (**عجمي**) وهو خلاف العربي ولو فصيحاً

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ١٨٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٨٧)، والترمذي في سننه (١٥٨٧).

لا عربي ومرتد وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط........

والأعجمي من فيه عجمة أي عدم إفصاح ولو عربياً، لأنه يجوز استرقاقه فيجوز ضرب الجزية عليه بجامع أن كلاً منهما مشتمل على سلب النفس، وإنما لم تضرب على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعاً لأصولهم في الكفر فكانوا أتباعاً في حقهم فكأن الجزية عن الرجل وأتباعه في المعنى والله أعلم.

(**لا**) وثني (**عربي**) أي: لا توضع على عربي يعبد الوثن لأنه لا عذر له لأن القرآن نزل بلغته والرسول ﷺ نشأ بين أظهر العرب فكانت المعجزة في حقه أظهر كذا قالوا وأنت خبير بأن هذا يأتي في العرب إذا كان كتابياً وقوله في «البحر» أخذ مما في «الدراية» المراد بالعربي عربي الأصل فأهل الكتاب وإن سكنوا بين العرب وتولدوا فالواحد منهم ليس بعربي الأصل فيه نظر إذ الكلام فيمن كان عربي الأصل وقد تهود أو تنصر كورقة بن نوفل، ويكفي في رده مما مر في أهل نجران وبني تغلب فتدبره.

(**ومرتد**) لأنه خرج عن الإسلام بعد ما وقف على محاسنه فلن تقبل منه، وإذا ظهرنا على المرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء غير أن نساءهم وذراريهم يجبرون على الإسلام بخلاف ذراري عبدة الأوثان (و) لا توضع أيضاً على (**صبي وامرأة**) لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو القتال ولا يقتلان ولا يقاتلان، (و) لا على (**عبد ومكاتب**) ومدبر وما في «الهداية» وأم ولد.

قال في «الفتح»: ليس على ما ينبغي، فإن من المعلوم أنه لا جزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن قيل: لأنها بدل عن القتل في حقهم وعن النصر في حقنا وبالاعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك، (**وزمن**) يقال: زمن الرجل زمانة عدم بعض أعضائه أو تعطلت قواه ودخل المفلوج والشيخ العاجز لأنها وجبت بدلاً عن القتال كما مر (**وأعمى وفقير غير معتمل**) أي: غير قادر على العمل لأن عثمان بن حنيف رضي الله تعالى عنه لم يوظفها عليه وظاهر أن عطف الأعمى وغير المعتمل على الزمن من عطف العام على الخاص اهتماماً بشأنهما.

ولو أفاق المجنون أو بلغ الصبي أو عتق العبد أو برئ من الزمانة فإن كان بعد وضع الإمام الجزية لم يوضع عليهم وإلا وضع بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه، (و) لا تجب على (**راهب**) وهو واحد الرهبان عابد النصارى، وهي الرهبانية كذا في «المغرب» ويقال للواحد رهبان أيضاً، ويجمع على رهابين ورهابنة (**لا يخالط**) الناس ولو قدر على العمل لأنه والحالة هذه لا يقتل وعن الإمام أنه تجب

وتسقط بالإسلام والموت والتكرار، ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا...............

عليه إذا قدر وهو قول الثاني وبه جزم الحدادي وجعله في «الخانية» ظاهر الرواية حيث قال: ويؤخذ من الرهبان والقسيسين في ظاهر الرواية، وعن محمد أنها لا تؤخذ قيد بقوله: لا يخالط الناس لأنه لو خالطهم وجبت عليه (**وتسقط**) الجزية (**بالإسلام**) بأن أسلم بعد ما تمت السنة لما في معجم الطبراني «الأوسط» من حديث ابن عمر قال: «قال رسول الله ﷺ: من أسلم فلا جزية عليه»[1] وإنما لم يسقط الرق به لأنه تعلق به حق معين فلا يبطل به.

وفي «الخانية» لو عمي أو صار مقعداً أو زمناً أو شيخاً لا يقدر أن يعمل أو فقيراً لا يقدر على شيء أو أسلم وقد بقي عليه شيء منها يسقط ذلك الباقي وفي «الخلاصة» لو عجل الجزية لسنتين ثم أسلم ترد عليه جزية سنة واحدة ولو أدى الجزية في أول سنة/ [٣٣٢/ب] ثم أسلم فيها لا رد عليه شيء وهذا قول من يقول بوجوب الجزية في أول السنة وهو الصحيح.

(**والموت**) أي: بالموت كافراً لأنها عقوبة دنيوية على الكفر فلا تقام بحد الموت (**والتكرار**) وهو بدخول السنة الثانية على الأصح، لأن العقوبات إذا اجتمعت تداخلت وبذلك على أنها عقوبة أنها تؤخذ منه على وجه الإذلال، ولذا لو بعث بها على يد وكيله لا يمكن من ذلك على أصح الرويات، بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطى واقفاً والقابض قاعداً، وفي رواية يأخذ بتلبيبة وهو موضع اللب من بيانه وهو موضع القلادة ويهزه ويقول أعط الجزية يا ذمي أو يا يهودي يا نصراني يا عدو الله.

وفي «شرح الطحاوي»: أنه يضعفه قبل خراج الأرض كالجزية فيتداخل، وقيل: كالعشر فلا يتداخل اتفاقاً، قال في «البحر» وينبغي ترجيح الأول لأنه عقوبة بخلاف العشر (**ولا تحدث**) أي: ولا يجوز أن يحدث (**بيعة**) بكسر الباء متعبد النصارى (**ولا كنيسة**) وهي: متعبد اليهود، وكانت الكنيسة والبيعة في الأصل يطلقان على متعبدهما، ثم غلب في الاستعمال على ما قلنا، وأهل مصر يطلقون الكنيسة على متعبدهما ويخصون اسم الدين بمتعبد النصارى (**في دارنا**) معاشر المسلمين لرواية البيهقي، قال عليه الصلاة والسلام: «لا خصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة»[2] ووجه الاشتراك بينهما: أن في كل منهما نوع ضعف أو تغيير على عليه أصل ذلك الشيء، وقد قيل: إن المراد بالخصاء نزع الخصيتين أو هو كناية عن

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٧٧٧٢).

(٢) في البيهقي برواية لا إخصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة رقم (١٩٥٧٨) (١٠/ ٢٤).

....

التخلي عن إتيان النساء كالرهبان ولا شك أنه خصي معين ومن الإحداث نقلها من مكان إلى آخر، والصومعة وبيت النار كالكنيسة وفي «الدراية» الأمصار ثلاثة: ما مصره المسلمون كالكوفة فلا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة ولا يجتمع لصلاتهم ولا صومعة فيها بإجماع العلماء، ولا يمكنون من إظهار شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس، وما فتحه المسلمون عنوة كذلك، وثالثها: ما فتح صلحاً فإن وقع على أن الأرض لهم والخراج لنا جاز إحداثهم، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية كان الحكم في الكنائس على ما يقع عليه الصلح، فإن كان على شرط إحداث لم يمنعوا، والأولى أن لا يفعل، وإن مطلقاً لا يحدثون وتبقى القديمة وعلى هذا فإطلاق المصنف محمول على ما إذا لم يقع الصلح على أن الأرض لهم أو على الإحداث إلا أن ظاهر الرواة لاستثناء فيه، ومن ثم صدر في «الفتح» هذا التقسيم بقيل، وإطلاق المصنف يعم الأماكن كلها حتى السواد أو القرى وهذا في السواد والقرى هو الذي رواه ابن زياد عن الإمام، وبه أخذ عامة المشايخ كذا في «الخانية»، وفي «الفتح» وهو المختار، وقال السرخسي وعليه مشايخ بلخ وهو الأصح.

والخلاف في غير جزيرة العرب، أما هي فيمنعون من قراها أيضاً لخبر: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»[١]، قيد بالإحداث لأن القديم منها وهو ما كان قبل فتح الإمام البلدة يبقى إذا صالحهم الإمام على قرارهم على أراضيهم، لأنه قد جرى التوارث بترك البيع والكنائس إلى يومنا هذا، وهذا في السواد باتفاق الروايات، واختلف كلام محمد في الأمصار فذكر في «العشر والخراج» أنها تهدم وفي الإجارة أنها لا تهدم وعمل الناس على هذا.

وفي «التتارخانية»: وهو الأصح، قال في «الفتح»: وعلى هذا لو مصرنا برية فيها ديوراً وكنيسة فوقع في داخل السور ينبغي أن لا تهدم لأنه كان مستحقاً للأمان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لأنها كانت فضاءً فأدار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس، ويبعد من إمام تمكين الكافر من إحداثها في المدن الإسلامية، فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدير السور عليها، وعلى هذا فالكنائس الآن الموجودة في دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي أن لا تهدم، لأنها إن كانت في أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة والتابعين حين فتحوا

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الجزية (٩/ ٢٠٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٩٣٥٩).

ويعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة ويميز الذمي عنا في الزي..............

المدينة علموا بها وأبقوها، وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمناً بأنهم أبقوها مساكن لا معابد فلا تهدم، ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وإن عرف بأنها فتحت صلحاً حكما بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك بل من الإظهار انتهى.

ولذا قال محمد: كل قرية من قرى أهل الذمة لو مصر أو حديقة لهم أظهروا فيها شيئاً من الفسق كالزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه، وكذا عن المزامير والطنابير والغناء ومن كثر شيئاً من ذلك لم يضمن، وكذا يمنعون من اتخاذ الخنزير (**ويعاد المنهدم من البيع والكنائس القديمة**)، لأن الإمام لما أقرهم/ وقد [١/٣٣٣] علم أن الأبنية لا تبقى فقد عهد إليهم بالإعادة وفيه إيماء إلى أن الزيادة عليه لا تجوز وبه صرح في «الخانية» وغيرها.

قال في «عقد الفوائد» وهذا يؤخذ منه أنهم لا يبنون ما كان باللبن بالآجر ولا ما كان بالآجر بالحجر ولا ما كان بالجريد وخشب النخل بالنقى والسّاج ولا بياضاً لم يكن. قال ولم أجد في شيءٍ من الكتب المعتمدة أن لا تعاد إلا بالنقض الأول، وكون ذلك مفهوم الإعادة شرعاً أو لغة غير ظاهر عندي على أنه وقع في عبارة محمد يبنونها، وفي إجارة «الخانية» يعمروا وليس فيهما ما يشعر باشتراط النقض الأول، وفي «الحاوي القدسي» وإذا انهدمت البيع والكنائس القديمة لذوي الصلح أعادوها باللبن والطين إلى مقدار ما كان قبل ذلك ولا يزيدون عليه ولا يشيدونها بالحجر والشيد والآجر، وإذا وقف الإمام على بيعة جديدة أو بني منها فوق ما كان في القديم خربها، وكذا ما زاد في عمارة العتيق انتهى.

ومقتضى النظر أن النقض الأول حيث وجد كافياً للبناء الأول لا يعدل عنه إلى آلة جديدة إذ لا شك في زيادة الثاني على الأول حينئذ، وبقي ما لو هدت بغير وجه شرعي فنقل السبكي من الشافعية الإجماع على أنها لا تعاد، قال في «الأشباه» ويستنبط منه أنها إذا قفلت ولو بغير وجه شرعي لا تفتح انتهى، وفيه نظر لا يخفى (**ويميز الذمي عنا**) معاشر المسلمين (**في الزي**) بكسر الزاي أي: اللباس والهيئة بما في «الصحاح» بأن يجعل له علامة تميزه عن المسلمين فيها هوان وصغار لئلا يعامل معاملتهم من التوقير والإجلال وربما مات فجأة في الطريق فلا يعرف فيصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين ويستغفر له وكل ذلك لا يجوز.

واختلف المشايخ هل يشترط في التمييز ثلاث علامات أو يكتفى بعلامة واحدة أو علامتين، قال بعضهم: يكتفى بواحدة أما على الرأس كالقلنسوة الطويلة

والمركب والسرج فلا يركب خيلاً، ولا يعمل بالسلاح..........

المضربة أو على الوسط كالكستيج أو على الرجل كالنعل والمكعب على خلاف نعالنا، ومنهم من قال في النصارى يكتفى بواحدة وفي اليهود بعلامتين وفي المجوس إلى ثلاث وإليه مال ابن الفضيل، وبه كان يفتي بعضهم، قال شيخ الإسلام: والأحسن أن يكون في الكل ثلاث علامات، وكان الحاكم يقول: إن صالحهم أو أعطاهم الذمة بعلامة واحدة لا يزاد عليها، وأما إذا فتحها عنوة كان له أن يلزمهم العلامات وهو الصحيح كذا في «التتارخانية».

وفي «الفتح» وإذا اعرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلدة ما تعارفه أهله، وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فألزم النصارى بالزرقاء واليهود بالصفراء واختص المسلمون بالبيضاء انتهى. إلا أنه في «الظهيرية» قال: وأما لبس العمامة والزنار الإبريسم فجفاء في حق أهل الإسلام، ومكسورة لقلوبهم وهذا يؤذن بمنع المتميز بها ويؤيده ما في «التتارخانية» حيث صرح بمنعهم من القلانس الصغار وإنما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضطربة مبطنة، وهذا في العمامة أولى وإذا عرف هذا فمنعهم من لبس العمائم الآن هو الصواب الواضح بالتبيان فأيد اللّه سلطان زماننا إذ منعهم من لبسها ولسعادته أيد ولملكه شهيد ولأمره سدد، وإذا لبس قميصاً كان ذيله قصيراً وجيبه على صدره كما يكون للنساء كما ذكره في «التتارخانية»، وإذا عرف هذا فمنعهم من الثياب الفاخرة حريراً أو غيره كالصوف الرفيع والحرج الرفيع والأبراد الرفيعة أولى كما صرح به في «فتح القدير»، قال: ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وإدخالهم في المباشرة التي يكون بها تعظيماً عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفاً من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر.

وفي «الحاوي القدسي» وينبغي أن يلازم الذمي الصغار فيما بينه وبين المسلم في كل شيء، قال في «الفتح» فعلى هذا يمنع من القعود حال قيام المسلم عنده قال في «الذخيرة» ولو قام له المسلم إن كان تعظيماً له أو لغناه كره وإن لطمعه في الإسلام فلا بأس به وجزم الطرسوسي بأنه إن قام تعظيماً لذاته وما هو عليه كفر، قالوا: ويجب أن يميز نساؤهم أيضاً عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كي لا يقف عليهم سائل يدعو لهم بالمغفرة، وفي «الخانية» ولا تؤخذ عبيد أهل الذمة بالكستجات، (و) في (**المركب والسرج فلا يركب خيلاً ولا يعمل بالسلاح**) قيد بذلك لأن له ركوب الحمار وألحق بعضهم البغل بالحمار، وهذا قول المتقدمين

ويظهر الكستيج ويركب سرجاً كالإكف ولا ينتقض عهده بالإباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبي ﷺ ....

[٣٣٣/ب] لكنه مقيد بأن يكون/ على الأكف مع مخالفته لهيئة المسلمين صرح به في «الذخيرة» كذا في «عقد الفوائد»، وظاهر أن المخالفة لهيئتهم إنما تكون إذا ركبوا من جانب واحد وغالب ظني أنني سمعته من الشيخ الأخ كذلك، واختار المتأخرون أنهم لا يركبون أصلاً إلا إذا خرجوا إلى قرية أو نحوها أو كان مريضاً وحاصله إلا لضرورة فيركب ثم ينزل في جامع المسلمين إذا مر بهم كذا في «الفتح».

وفي «المجمع» وهو الأصح واستثنى في «الذخيرة» من منع الخيل ما لو دعت الحاجة إلى ذلك بأن استعان بهم الإمام في المحاربة والذب عن المسلمين لكنه يركب في هذه الحالة بأكاف لا بسرج كما قال بعضهم **(ويظهر الكستيج)** لأنه من أعلام الكفر وهو: فارسي معرب، معناه: بلغة العجم العجز والذل هو خيط غليظ بقدر الإصبع يشده الذمي فوق ثيابه وكذا عن أبي يوسف وقيده في «المجمع» بالصوف.

وشرط في «التتارخانية»: أن يكون غير منقوش وأن لا يكون له حلقة وإنما يعقده على اليمين أو الشمال **(ويركب سرجاً كالأكف)** جمع أكاف وهو معروف والسرج الذي على هيئته وهو ما يجعل على مقدمته شبه الرمانة والوكاف لغة ومنه أوكف الحمار وأكفه كذا في «المغرب» وفسر العيني أكاف الحمار بالبردعة **(ولا ينتقض عهده)** أي: عهد عقده للجزية **(بالإباء عن)** دفع **(الجزية)** لأن التزامها باق وبالإباء تؤخذ منه جبراً وفي رواية ذكرها في «الواقعات» أنه ينقض وهو قول الثلاثة، قيد بالإباء عن دفعها لأنه لو امتنع من قبولها انتقض عهده كذا في «الفتح» والزنا ولا بالزنا **(بمسلمة)** لأنه يقام عليه موجبه وهو الحد وفيه إيماء إلى أنه لا ينتقض أيضاً بإصابته إياها بنكاح وإن عزرا وكذا الساعي بينهما **(وقتل مسلم)** لأن القصاص منه يستوفى به فلذا لا ينتقض عهده بإفتان مسلم عن دينه أو بقطع طريق **(وسب النبي ﷺ)** لأنه كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم، والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنعه في الابتداء فأولى أن لا يرفعه في حال البقاء.

قال في «الفتح»: والذي عندي أن سبه ﷺ أو نسبة ما لا ينبغي إلى الله تعالى إن كان ممن لا يعتقدونه كنسبة الولد إليه تعالى وتقدس إذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وإن لم يظهر لكن عثر عليه وهو ينكره فلا، لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية مقيد بكونهم صاغرين أذلاء ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا مجرد القبول وإظهار ما هو الغاية في التمرد؟ وعدم الالتفات والاستخفاف ينافي أن يكون جارياً على العقد الذي يدفع عنه القتل انتهى ملخصاً، ثم قال: وهذا البحث يوجب أنه إذا

بل بالالتحاق ثمة أو بالغلبة على موضع للحراب وصاروا كالمرتد ويؤخذ من تغلبي وتغلبية ضعف زكاتنا...

استعلا على المسلمين على وجه صار مستمراً عليه حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار. قال العيني: وأختار في السب أنه يقتل ولا كلام أنه يعاقب على ذلك كما إذا شتم دين الإسلام أو القرآن ذكره في «الحاوي القدسي»، (**بل**) ينقض عهده (**بالالتحاق**) إلى دار الحرب أو بالغلبة على موضع للحراب لأنهم بذلك صاروا حرباً علينا فعري عقد الذمة عن الفائدة وفي نكاح المشرك من «فتح القدير» لو جعل نفسه طليعة للمشركين قتل لأنه محارب معنى وقال هنا: إن عهده لا ينتقض بدلالته على عورات المسلمين ونحوه في «المحيط» حيث قال: لو كان يخبر المشركين بعيوب المسلمين أو يقاتل رجلاً من المسلمين ليقتل لا يكون نقضاً للعهد والطليعة واحدة الطلائع في الحرب وهم الذين يبعثون ليطلعوا على أخبار العدو وكذا في «المغرب» فيحمل الأول على ما إذا بعثوه لذلك والثاني على ما إذا لم يبعثوه وأفاد أنه لا ينتقض بالقول وبه صرح في «المحيط».

ويشكل عليه ما قدمناه من أنه لو امتنع من قبول الجزية نقض عهده وليس ذلك إلا بالقول، (**فصاروا**) أي: أهل الذمة بالالتحاق أو بالغلبة (**كالمرتد**) في الحكم بموتهم باللحاق فيقسم مالهم بين ورثتهم وفي قبول توبتهم فنفود ذمتهم وفي بينونة زوجاتهم التي تركوها في دار الإسلام إجماعاً وفي أن ما لحقوا به من المال يكون فيئاً أما إذا عادوا بعده إلى دارنا وأخذوا من مالهم أشياء ولحقوا به فإنه يكون لورثتهم قبل القسمة مجاناً وبعدها بالقيمة كذا في «الفتح» وفي أنهم إذا عادوا إلى الذمة لا يؤاخذون بحقوق لحقتهم في المحاربة من القصاص والمال بخلاف ما قبلها كما في «المحيط»، وفي قتلهم ودفع مالهم لورثتهم وعلى هذا اقتصر الشارح.

قال في «الفتح»: فإن عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيئاً وفي رواية لا، ولا يبعد أن يقال: انتقاله للمكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب إن لم يكن محل/ الروايتين ما لم يعد ثانياً وخالفوا المرتد في أنهم يسترقون ولا يجبرون [١/٣٣٤] على قبول الجزية وأما المرتد فلا يسترق ويجبر على الدخول في الإسلام (**وتؤخذ من تغلبي**) بالغين بمثناة معجمة ولام مكسورة نسبة إلى بني تغلب بن وائل بن ربيعة قوم تنصروا في الجاهلية وسكنوا قرب الروم (**ضعف زكاتنا**) بذلك صالحهم عمر رضي الله تعالى عنه[١] وعليه إجماع الصحابة ثم الفقهاء ونبه بقوله زكاتنا إلى أن المأخوذ وإن

---

(١) تقدم تخريجه.

ومولاه كمولى القرشي والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور........

كان جزية في المعنى إلا أنه لا يراعى فيه شرائطها من وصف الصغار وتقبل من النائب بل شرائط الزكاة وأسبابها لأن الصلح وقع كذلك ولذا أخذ من المرأة لأهليتها لها بخلاف الصغير والمجنون حيث لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم بخلاف أراضيهم، وإذا كان كذلك فيأخذ الساعي من غنمهم السائمة من كل أربعين شاة شاتين ومن كل مائة وإحدى وعشرين أربع شياه وعلى هذا في الإبل والبقر، (**ومولاه**) أي: معتق التغلبي (**كمولى القرشي**) في أن كل منهما لا يتبع أصله حتى توضع الجزية والخراج عليهما وإن لم يوضع على أصلهما لأن عدم الوضع عليها تخفيف والمعتق لا يلحق بالأصل فيه، ألا ترى أن الإسلام أعلى أسباب التخفيف.

ولو كان المسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد إليه التخفيف فلأن لا يتعدى بوصف غيره أولى، وأما قوله عليه الصلاة والسلام «مولى القوم منهم»[1] فعام مخصوص بالإجماع فإن مولى الهاشمي لا يتبعه في الكفاية للهاشمية والإمامة فجاز تخصيصه بالمعنى المذكور أيضاً أو أنه أريد به خاص وهو عدم دفع الزكاة ولأن حرمة الصدقة ليس تخفيفاً والحرمات تثبت بالشبهات، ونقض بمولى الغني فإن حرمة الصدقة لم تتعد إليه وأجيب بأنه أهل للصدقة في الجملة بدليل أنه لو كان عاملاً عليها أعطى كفايته منها بخلاف الهاشمي (**والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب**) فيه إيماء إلى أن للإمام أن يقبلها ويضعها في بيت المال.

وقيده في «الذخيرة» بأن يغلب على ظنه أن المشركين يقع عندهم أن القتال لإعلاء كلمة الله تعالى لا لطمع دنيوي وقيل: إنما تقبل من شخص لا يطمع في إيمانه لو ردت هديته وقيل: من شخص علم أنه لا تقل صلابة المسلمين في حقه بل تبقي المسلمون على عزتهم وصلابتهم أما من كان من المشركين يغلب على الظن ظنه أن قتال المسلمين لطمع أو يطمع في إيمانه لو ردت هديته أو أن المسلمين تقل صلابتهم وعزتهم لا تقبل هديته، وقيل: تقبل في حالة الصلح والمسألة في «السراج» (**وما أخذنا منهم بلا قتال**) بل بالصلح على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم ودخل فيه ما لو أخذ العاشر منهم ومن أهل الذمة ومال نجران ومنه تركة أهل الذمة كما في «الظهيرية» (**يصرف في مصالحنا**) نبه بذلك على أنه لا يخمس ولا يقسم بين الغانمين، (**كسد الثغور**) وهي المواضع التي يخاف هجوم العدو منها إلى

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٢٣٩٤).

وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة وذراريهم ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء.

دار الإسلام وأصله الهدم سمي بذلك لانقلابه وإمكان دخول العدو منه (**وبناء القناطر**) جمع قنطرة وهي مالا ترفع الأحكام بنائها (**وكفاية القضاة**) والعمال كذا في نسخة العيني جمع عامل وهو الذي يعمل للمسلمين كالكتاب عند القضاة وشهود الغنيمة والرقباء على السواحل (و) كفاية (**العلماء**) زاد في «التجنيس» والمتعلمين.

قال في «الفتح»: وبهذا تدخل طلبة العلم، وفي حظر «الخانية» سئل الرازي عن بيت المال هل للأغنياء فيه نصيب؟ قال: لا إلا أن يكون عالماً أو قاضياً وليس للفقهاء فيه نصيب إلا فقيه فرغ نفسه لتعليم الفقه والقرآن.

قال في «البحر»: فيحمل ما في «التجنيس» على ما إذا فرغ نفسه لذلك بأن يصرف غالب أوقاته في العلم، ودخل المفتي وبه صرح في «المحيط»، وفي مسائل «الفتاوى» لكل قارئ في كل سنة مائتا دينار أو ألفا درهم إن أخذها في الدنيا وإلا يأخذها في الآخرة، وفي «الحاوي القدسي» ولم يقدر في ظاهر الرواية قدر الأرزاق سوى قوله ما يكفيهم وذراريهم وسلاحهم وأهاليهم، وما ذكر في الحديث لحافظ القرآن وهو المفتي اليوم مائتا دينار، وعن عمر أنه زاد فيه دليل على قدر الكفاية انتهى.

وفي «القنية» كان أبو بكر يسوي في العطاء، وكان عمر يعطيهم على قدر الحاجة والفقه والفضل والأخذ بما فعله عمر في زماننا أحسن، (و) كفاية (**المقاتلة وذراريهم**) أي: ذراري من ذكر لأن مال بيت المال لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم تحصل الكفاية لاحتاجوا إلى/ الاكتساب [٣٣٤/ ب] كذا قالوا وهذا يقتضي أن المراد بكفاية غير الذراري كفاية أنفسهم وأنه لا حق لهم بعد موت الآباء وإلى هنا تمت. مصارف بيت المال ثلاثة: مصرف الزكاة والعشر ومصرف خمس الغنائم، ومصرف الجزية والخراج، وبقي رابع وهو اللقطات والتركات التي لا وارث لها ودية مقتول لا ولي له ومصرفه اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم وتكفين أمواتهم وعقل جناياتهم.

قالوا: وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع بيتاً يخصه فإن خلى بعضها كان له الاستقراض من النوع الآخر ليصرفه إلى ذلك النوع ثم إذا حصل منه شيء رده في المستقرض منه إلا أن يكون ما صرفه من الصدقات والخمس على أهل الخراج فلا يرد شيئاً لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره إذا صرفه للمستحق، وعليه أن يتق الله ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته فإن قصر كان الله عليه حسيباً (**ومن مات**) ممن ذكر (**في نصف السنة حرم من العطاء**) أي: عما يصرفه إليه فلا يدفع إليه

باب المرتدين

وجوباً ولا ندباً لأنه حيلة وهي لا تملك إلا بالقبض قيد بالنصف لأنه لو مات في آخرها ندب صرفه إلى ورثته ولو تعجل القاضي ثم مات أو عزل قبل الحول قيل يجب رد ما بقي وقيل: عندهما لا يرد كالنفقة المعجلة ويرد عند محمد والله الموفق للصواب.

باب المرتدين

لما فرغ من أحكام الكفر الأصلي شرع في الطارئ والمرتد عرفاً هو الراجع عن دين الإسلام وقد عرفوا الدين بأنه وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات ولصحة الردة شرائط العقل والصحو والطواعية فلا تصح ردة مجنون وصبي لا يعقل كإسلامهما وقدر في «فتاوى» قارئ «الهداية» عقله بأن يبلغ سبع سنين وكذا لو كان معتوهاً أو موسوساً أو مغلوباً على عقله بوجه من الوجوه كما في «السراج» ولا ردة سكران ولا مكره وفي «الفتح» من هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقده للاستخفاف فهو كافر العناد، والألفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى وفي «المسايرة» ولاعتبار التعظيم المنافي للاستخفاف كفر الحنفية بألفاظ كثيرة وأفعال تصدر من المتهكمين لدلالتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء بل بالمواظبة على ترك سنة استخفافاً لها بسبب أنها إنما فعلها عليه الصلاة والسلام زيادة أو استقباحها كمن استقبح من آخر جعل بعض العمامة تحت حلقه أو أحفا شاربه.

قال في «البحر»: والحق أن ما صح عن المجتهد فهو على حقيقته، وأما ما يثبت عن غيره فلا يفتى به في مثل التكفير ولذا قال في بغاة «فتح القدير»: يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير يعني من البغاة لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم مجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء انتهى. وهذا يفيد أن بعض الألفاظ الواقعة في كتب الفتاوى ليست من كلام المجتهدين فلا يعول عليها انتهى، وأنت خبير بأن كل ما نقله أئمتنا الأعلام منسوب إلى الإمام إما تصريحاً أو تلويحاً ولو اعتبرت النسبة إلى الإمام في كل جزيئة لزم إهدار كثير من الأحكام ثم قال بعد سرد كثير من ألفاظ التكفير من «التتارخانية» وغيرها: الذي تحرز أنه لا يفتى بتكفير مسلم أمكن حمله كلامه على محمل حسن أو كان في كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة فعلى هذا فأكثر ألفاظ التكفير المذكورة لا يفتى بها وقد ألزمت نفسي أن لا أفتي بشيء منها انتهى.

يعرض الإسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم..........

وهو مأخوذ مما في «الخلاصة» وغيرها إذا كان في المسألة وجوه توجب التكفير ووجه واحد لا يوجبه فعلى المفتي أن يميل إلى عدم التكفير انتهى، غير أنه يجوز أن يراد بالوجوه الأقوال والاحتمالات لكن يؤيد الأول ما في «الصغرى» الكفر شيء عظيم فلا أجعل المؤمن كافراً متى وجدت رواية أنه لا يكفر وينبغي له أن يكثر من قول اللهم إني أعوذ بك أن أشرك بك وأنا أعلم وأستغفرك لما لا أعلم فإنه سبب النجاة من الكفر بوعد الصادق ﷺ.

(**يعرض الإسلام على المرتد**) هذا ظاهر في وجوبه كذا في «الفتح» فقوله في «البحر» لم يبين صفته ممنوع نعم ظاهر المذهب أنه مندوب فقط لأنه الدعاء إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة (**وتكشف شبهته**) بيان لثمرة العرض إذ عساه أن الردة كانت لشبهة اعترته (**ويحبس ثلاثة أيام**) يعرض عليه الإسلام في كل يوم منها كما في «الخانية» هذا أيضاً ظاهر في وجوب/ الانتظار لما عرف من الإخبار فإن لم [٢٣٥/أ] يطلبه لا يستحب وإنما يقتل من ساعته وخص الثلاثة لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار ولو ارتد ثانياً فعل به كذلك كذا في «التتارخانية».

(**فإن أسلم**) رفع عنه القتل هذا الإطلاق يستثنى منه ما لو ارتد بسبه ﷺ ثم تاب فإنه يقتل حداً ولا تقبل توبته في إسقاط القتل عنه ولا فرق بين أن يجيء تائباً أو يشهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فإن الإنكار فيه توبته فلا تقبل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وإن سب سكراناً ولا يعفى عنه، ولا بد من تقييده بما إذا كان سكره بسبب محظور باشره مختاراً بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون. قال الخطابي: لا أعلم أحداً خالف في وجوب قتله كذا في «الفتح»، وعلله البزازي بأنه حق عبد فلا يسقط بالتوبة كسائر حقوقهم قال: وسب واحد من الأنبياء كذلك.

تنبيه: من حوادث الفتوى ما لو حكم حنفي بكفره بسب النبي ﷺ فهل للشافعي الحكم بقبول توبته؟ الظاهر أن له ذلك لأنها حادثة أخرى ولو حكم بالموجب لأن مواجبه متعددة وقد قالوا: لو حكم شافعي بصحة بيع عقار لا يكون ذلك حكماً منه بأنه لا شفعة فيه بالجوار لما قالوه والله أعلم.

وأما سب الشيخين أو لعنهما ففي «الخلاصة» وغيرها أنه كفر، ونقل في «البحر» عن «الجوهرة» معزياً إلى الشهيد أن التوبة لا تقبل وإسلامه وبه أخذ أبو الليث وأبو نصر الديوسي وهو المختار وجزم به في «الأشباه والنظائر»، وهذا لا وجود له في أصل «الجوهرة» وإنما وجد على هامش بعض النسخ فألحق بالأصل مع أنه لا ارتباط له بما قبله هذا في أحكام الدنيا أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا صدق قبله

....

سبحانه وتعالى بلا خلاف ولو تزندق فإن توبته لا تقبل في ظاهر المذهب وفي «الدراية» في الزنديق روايتان.

وفي «الخانية» قالوا: لو جاء قبل أن يؤخذ وأقر أنه زنديق فتاب تقبل توبته وإن أخذ ثم تاب لم تقبل ويقتل انتهى. وينبغي أن يكون هذا التفصيل محمل الروايتين وفسر الزنديق في «فتح القدير» بأنه الذي لا يتدين بدين أما من يبطن الكفر ويظهر الإسلام فهو المنافق ويجب أن يكون حكمه في عدم قبول توبته كالزنديق لأن ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده ديناً والمنافق مثله في الاعتقاد وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسيره إلى من هو آمن إليه والحق أن الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق إن كان حكمه ذلك فيجب أن يكون مبطناً كفره الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالإسلام أو غيره إلى أن ظفرنا به وهو عرافي وإلا فلو فرضناه مظهراً لذلك حتى تاب يجب أن لا تقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم إذا أظهروا التوبة، وأما إذا كان ساحراً واعتقد إباحته فإنه يكفر ولا تقبل توبته ولا إمرة ولا خلاف بين أهل العلم في حرمة تعليمه وتعلمه وقد قال أصحابنا إن له حقيقة وتأثيراً في إيلام الأجسام خلافاً لمن منع وقال: إنه تخييل كذا في «الفتح».

وفي «الخانية»: الساحر إذا تاب أو كان يعتقد نفسه خالقاً ثم تاب عن ذلك وتبرأ منه تقبل توبته ولا يقتل، وإن كان يستعمله بالتجربة ولا يعتقد له أثراً لا يقتل، وإن كان يجحد السحر فلا يدري كيف يفعل ولا يقرّ به قالوا: لا يستتاب بل يقتل إذا ثبت أنه مستعمل السحر، وفي بعض المواضع ذكر أن الاستتابة أحوط، وقال أبو الليث: إذا تاب قبل أن يؤخذ قبل توبته ولا يقتل وإذا أخذ ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل وكذا الزنديق المعروف الداعي والفتوى على هذا القول انتهى، هذا وأما الكاهن فقيل: هو الساحر وقيل: هو العراف الذي يحدس ويتخوص وقيل: هو الذي له من الجن ما يأتيه بالأخبار، وقال أصحابنا: إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر، وعند الشافعي إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل ما يلتمسه كفر.

قال في «الفتح»: ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه، وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه في الفساد في الأرض لا بمجرد علمه إذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره.

وإلا قتل وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان سوى الإسلام أو عما انتقل إليه...............

تتمة: تحبط الردة ثواب الأعمال، قالوا وعليه إذا عاد إلى الإسلام أن يعيد الحج والنكاح دون الصلوات والزكوات والصيامات إلا أنه إذا عاد/ في وقت صلاة صلاها [٢٣٥/ ب] كان عليه أداؤها ثانياً، وهل تعود حسناته بعوده إلى الإسلام؟ قال أبو علي وأبو هاشم من أصحابنا: لا تعود، وقال أبو القاسم الكعبي: تعود، ونحن نقول: إنه لا يعود ما بطل من ثوابه لكنه تعود طاعاته المتقدمة مؤثرة في الثواب بعد كذا في «التاتار خانية» وفيها لو تكرر ارتداده وتاب فإنه يؤخذ بعقوبة الكفر الأول والثاني وهو قول أبي الليث.

وقالوا: إن وقفه يبطل بالردة ولو روى لغيره حديثاً لا يجوز للسامع منه أن يرويه عنه بعد ردته كما في شهادات «الولوالجية» **(وإلا)** أي: وإن لم يسلم **(قتل)** على الإطلاق أيضاً يستثنى من أكره على الإسلام إذا ارتد فإنه يحبس ولا يقتل كما في «الخلاصة»، وقيد في «الخانية» بما إذا كان حربياً أما الذمي فلا يصح إسلامه، واللقيط لأن إسلامه كان على وجه الحكم لا من جهة الحقيقة، وقيده في «التاتار خانية» بما إذا وجد في مصر من أمصار المسلمين، وفي «السراجية» سواء كان مسلماً أو كافراً وهو الصحيح.

قال في «المحيط»: وكل من حكم بإسلامه تبعاً إذا بلغ كافراً فإن يجبر على الإسلام ولا يقتل استحساناً ومن ثبت إسلامه برجلين ثم رجع كما في شهادات «اليتيمة» وإطلاقه يعم الحر والعبد وإن تضمن قتله إبطال حق المولى بالإجماع لإطلاق الدليل، **(وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان)** كلها بإن يقول: تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا بريء من كل دين **(غير)** دين **(الإسلام)** كذا في «المنية» لكن هذا بعد أن يأتي بالشهادتين كما في «الإيضاح».

وفي «الكافي» **(و)** لو تبرأ **(عما انتقل إليه)** كفى لحصول المقصود كذا في «الدراية» والظاهر أن التبرؤ مع الإتيان بالشهادتين مغن عن قوله تبت ورجعت فليس جزءاً من مفهومه كما يوهمه ما في «المنية» وما في «الكافي» معناه الكفاية عن قوله: أنا بريء من كل دين غير دين الإسلام، ولو أتى بالشهادتين على وجه العادة لم ينفعه ما لم يرجع عما قال إذ لا يرتفع بها كفره كذا في «البزازية» قيد بإسلام المرتد لأن في غيره تفصيلاً.

قال في «البدائع»: الكفار أصناف أربعة: صنف ينكرون الصانع وهم الدهرية، وصنف ينكرون الوحدانية وهو الثنوية والمجوس، وصنف يقرون بها لكن ينكرون بعثة الرسل وهو قوم من الفلاسفة، وصنف يقرون بالكل في الجملة غير أنهم ينكرون

وكره قتله قبله ولم يضمن قاتله ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم..............

عموم رسالته ﷺ إلى كافة وهم اليهود والنصارى، فالصنفان الأولان يكتفي منهم بقول لا إله إلا الله، والثالث لا بد أن يقول محمد رسول الله، والرابع لا بد مع الإقرار بالرسالة من التبرؤ من دينه زاد في «الخانية» مع زيادة قوله: ودخلت في دين الإسلام.

وعلله في «الذخيرة» بأنه قد يتبرأ من اليهودية ويدخل في النصرانية فجاز أن يكون تبرؤه لذلك وليس المراد من قول «البدائع» وهم اليهود والنصارى كل النصارى بل طائفة منهم في العراق يقال لهم العيسوية صرح بذلك في «المحيط» «والخانية» وعلى هذا فينبغي أن يستفسر الآتي بالشهادتين منهم إن جهل حال.

قال قارئ «الهداية»: والذي أفتي به أن الذمي إذا تلفظ بالشهادتين يحكم بإسلامه وإن لم يتبرأ من دينه الذي كان عليه وإذا رجع عما كان عليه يقتل إلا أن يعود إلى الإسلام لأن التلفظ بهما صار علامة على الإسلام، واعلم أن الإسلام كما يكون بالقول يكون بالفعل أيضاً كما إذا صلى مكتوبة وأتمها مقتدياً أو أذن في الوقت أو سجد للتلاوة أو أدى زكاة السائمة لا بغير ذلك وقد جمعت ذلك:

وكافر في الوقت صلى باقتدا ... متمماً صلاته لا مفسدا
أو أذن معلناً أيضاً أو زكى ... سوائماً كأن سجد تزكى

ومن رام إشباع الكلام في ذلك فعليه بكتابنا الموسوم «بدرر المسائل باختصار أنفع الوسائل»، (**وكره**) كراهة تنزيه (**قتل**) من الإمام أو غيره وإن أدب لافتئاته (**قبل العرض**) لما فيه من ترك المندوب نعم على القول بوجوبه يكره تحريماً (**ولم يضمن قاتله**) لأنه مهدر الدم لكفره (**ولا تقتل المرتدة**) للنهي عن قتل النساء (**بل تحبس**) أبداً إلى أن تموت ولا تواكل ولا تجالس كما في «الحقائق» وإطلاقه يعم الأمة أيضاً إلا أن حبسها يكون عند المولى لخدمته لكن لا يطأها سواء طلبت ذلك أو لا في الأصح ويتولى جبرها جمعاً بين الحقين.

[٣٣٦/أ] وفي «البدائع» لو سبيت المرتدة بعد/ لحوقها بدار الحرب واسترقت فإنها تجبر أيضاً على الإسلام بالضرب والحبس انتهى، يعني عند المولى كما مر، والصغيرة العاقلة كالبالغة والخنثى المشكل كالمرأة كما في «التتارخانية»، ولو قتلها قاتل لا شيء عليه كما في «المبسوط» وفي «العتابية» أنه يضمن الأمة لمولاها والظاهر ضعفه ولم يذكر ضربها في ظاهر الرواية، وعن الإمام أنها تضرب في كل يوم ثلاثة أسواط وعن الحسن تسعة وثلاثين إلى أن تموت أو (**تسلم**) وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضي إليه كذا في «الفتح»، واختار بعضهم أنها تضرب خمسة وسبعين سوطاً وهذا ميل إلى قول الثاني في نهاية التعزير.

ويزول ملك المرتد عن ماله زوالاً موقوفاً فإن أسلم عاد ملكه وإن مات أو قتل على ردّته ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه........................

قال في «الحاوي القدسي»: وهو المأخوذ به في كل تعزير بالضرب، ولا تسترق المرتدة الحرة ما لم تلحق بدار الحرب وفي رواية «النوادر» عن الإمام أنها تسترق في دار الإسلام أيضاً قيل: ولو أفتى بهذه الرواية لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسماً لقصدها السعي بالردة عن إثبات الفرقة وينبغي أن يشتريها الزوج من الإمام أو يهبها له إذا كان مصرفاً لأنها صارت بالردة فيئاً للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الإسلام فيرتد ضرر قصدها عليها (**ويزول ملك المرتد عن ماله زوالاً موقوفاً**) أي: غير بات (**فإن أسلم عاد ملكه**) عند الإمام وقالا: لا يزول كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل ولا يقتل إلا بالحراب.

قال في «الفتح»: واعلم أن حقيقة المراد بالردة أن يزول ملكه وإلا باتاً فإن استمر حتى مات حقيقة أو حكم باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة وإن عاد الملك وهما هربا من الحكم بالزوال لأن الساقط لا يعود انتهى وعلى ذلك جرى بعض الشارحين إلا أن تصريح كلام المصنف وغيره يأباه ففي «البدائع» ثمرة الخلاف تظهر في تصرفاته فعندهما هي نافذة قبل الإسلام وعنده موقوفة انتهى، ولو زال ملكه زوالاً باتاً لما توقفت لأنه بالعود إلى الإسلام يطرأ ملك بات على موقوف فيبطله، هذا وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه اختلفا في تبرعاته فجعلها أبو يوسف من جميع المال ومحمد من الثلث قيد بالمرتد لأن المرتدة لا يزول ملكها بالإجماع وينبغي أن يلحق بها من لا يقتل إذا ارتد لشبهة في إسلامه كما مر، وفي «الخانية» وتصرف المكاتب في ردته نافذ في قولهم، وفي «السراج» وكسب المكاتب المرتد حال الردة لمولاه (**وإن مات**) المرتد (**أو قتل على ردته**) أو حكم بلحاقه (**ورث كسب إسلامه**) بفتح الكاف وكسرها لجمع كذا في «القاموس» (**وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه**) لأن ملكه بعد الردة باق فينتقل بعد موته إلى ورثته مستنداً إلى قبيل ردته إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم واختلفت الروايات فيمن يرث المرتد، فروى محمد عن الإمام أنه يرثه من كان وارثاً عند أحد الثلاثة.

وفي «الخانية» وهي الرواية الصحيحة وروي عن الحسن أنه يورثه من كان وارثاً حال الردة وبقي إلى وقت موته قيل: وهو الأظهر كذا في «السراج»، وروى أبو يوسف عنه أنه من كان وارثاً وقت الردة، وتفرع على الأول وهي الأصح كما في «المبسوط» ما لو كان له ولد كافر أو عبد فأسلم أو عتق بعدها قبل موته أو الحكم بلحاقه ورثه

وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته وإن حكم بلحاقه عتق مدبره وأم ولده وحل دينه

وكذا لو ولد ولد من علوق حادث بعد الردة. قال في «البدائع»: لو ارتد الزوجان معاً ثم جاءت بولد ثم قتل الأب على ردته فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الردة يرثه وإن لستة فصاعداً لم يرثه ولو ارتد الزوج وحده أو كانت له أم ولد مسلمة ورثه مع ورثته المسلمين، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر، وإطلاقه يعم الزوجة فترثه امرأته المسلمة إذا مات وهي في العدة لأنه بالردة كأنه مرض مرض الموت لاختياره سبب المرض بإصراره على الكفر مختاراً حتى قتل، وهذا يقتضي أن غير المدخول بها لا ترث لصيرورتها بالردة أجنبية وليست الردة موتاً حقيقياً بدليل أن المدخولة إنما تعتد بعد موته بالحيض لا بالأشهر فلا تنتهض سبباً للإرث، والإرث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت هذا حاصل ما في «الفتح».

قال الشارح: وينبغي على رواية أبي يوسف أن ترث إذا مات بعد العدة أو قبل الدخول وفي «السراج» لو ارتدت وهي مريضة ورثها زوجها المسلم لأنها فارة لقصدها إبطال حقه بخلاف الصحيحة لأنها لا تقبل (**وكسب ردته فيء**) أي: غنيمة توضع في بيت المال عند الإمام وقالا: هو ميراث لورثته المسلمين أيضاً بناء على أن أملاكه لا تزول بردته (**بعد قضاء دين ردته**)، هذا أعني قضاء دين إسلامه من كسب الإسلام ودين الردة من كسبها رواية زفر عن الإمام وبها قال زفر والحسن/ [٣٣٦/ ب] أيضاً وروى أبو يوسف عنه أنه من كسب الردة إلا أن لا يفي فيقضي الباقي من كسب الإسلام وروى الحسن عنه أنه من كسب الإسلام إلا أن لا يفي فيقضي الباقي من كسب الردة.

قال في «البدائع»: وفتاوى «الولوالجية» وهو الصحيح لأن دين الميت إنما يقضى من ماله وهو كسب إسلامه فأما كسب الردة فلجماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين إلا لضرورة فإذا لم يف تحققت، قيد بالمرتد لأن كسب المرتدة لورثتها اتفاقاً (**وإن حكم**) أي: القاضي (**بلحاقه عتق مدبروه**) من ثلث ماله وأهمله لما مر (**وأم ولده**) من كل ماله (**وحل دينه**) لأنه بالإلحاق صار من أهل الحرب، وهم أموات في حق أحكام الإسلام فصار كالموت إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء لاحتمال العود، وإذا تقرر موته تثبت الأحكام المتعلقة به كما ذكر ومنها قسمة ماله وسيشير إليه بعد في قوله وما وجده في يد وارثه، وظاهر أن المكاتب بعد موت سيده إذا أدى وارثه ما عليه عتق والولاء للمرتد لأنه المعتق فاعلم أن اللحاق إذا صار كالموت لا أنه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقاً على القضاء بشيء من الأحكام المذكورة في الصحيح لأن القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الأحكام المذكورة كذا في «الفتح».

وتوقف مبايعته وعتقه وهبته فإن أمن نفذ وإن هلك بطل وإن عاد مسلماً بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه أخذه...

قال في «البحر»: وظاهر أن القضاء به قصداً صحيح وينبغي أن لا يصح إلا في ضمن دعوى حق العبد، وقد قالوا: إن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء قصداً فينبغي أن لا يصح إلا في ضمن دعوى حق العبد وينبغي أنه لو حكم بعتق مدبره لثبوت لحاقه مرتداً ببينة عادلة أن يصح ولا يشترط له تقدم الحكم للحاقه ولم أر من أوضح هذا الحل انتهى.

وأقول: ليس معنى الحكم بلحاقه سابقاً على هذه الأمور أن يقول ابتداء: حكمت بلحاقه كما قد توهمه بل إذا ادعى مدبر مثلاً على وارثه أنه لحق بدار الحرب مرتداً وأنه عتق بسببه وثبت ذلك عند القاضي حكم أولاً بلحاقه ثم يعتق ذلك المدبر كما يعرف ذلك من كلامهم فتدبر والله الموفق، (**وتوقف مبايعته**) وأراد بها كل ما كان مبادلة مال بمال فشمل الصرف والسلم والصلح عن إقرار والإجارة وقبض، لأنه مبادلة حكمية والرهن أيضاً قيل لأنه معاوضة مالية وعلى هذا فتدخل الهبة بشرط العوض (**وعتقه**) وتدبره وكتابته.

ولو أعتقه الوارث المسلم الذي ليس له سواه لا ينفذ عتقه أيضاً كما في «الخانية» (**وهبته**) لأنها عقد ينزع ومن ثم قلنا: تتوقف وصيته أيضاً (**فإن أمن**) أي: المسلم (**نفذ وإن هلك**) بأن مات أو قتل أو حكم بلحاقه (**بطل**) ما فعله وهذا عند الإمام بناء على زوال ملكه على ما مر، وقالا: كل ذلك نافذ إلا أنه عند محمد ينفذ من الثلث ولا خلاف بينهم في عدم صحة نكاحه وذبيحته وصيده بالكلب والبازي أو الذمي وشهادة وارثه لأن هذه الأشياء تعتمد الملة ولا ملة له وفي صحة استيلاده وطلاقه وقبول هبته وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأن هذه لا تعتمد ولاية ولا حقيقة ملك، وأجمعوا على توقف ما يعتمد المساواة من التصرف أو ولاية متعدية كالمفاوضة فإن أسلم نفذت وإن هلك بطلت وتصير عناناً من الأصل عندهما وتبطل عنده، والتصرف على ولده الصغير وفي ماله، قال في «البحر»: ولم أر حكم التقاطه لقيطاً أو لقطة.

أقول: وبقي إيداعه واستيداعه وأمانه وعقله ولا شك في عدم صحة أمانه إذا مات الذمي لا يصح فهذا أولى وكذا عقله لأن التناصر لا يكون بالمرتد، وأما التقاطه وإيداعه واستيداعه فلا ينبغي التردد في جوازها منه والله الموفق.

وبهذا عرف أن تصرفاته أربعة أقسام، (**وإن عاد مسلماً بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه أخذه**) لأن الوارث إنما يخلفه لاستغنائه وإذا عاد مسلماً احتاج إليه

وإلا لا ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر منذ ارتد فادّعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب وإن لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء فإن رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه.........

فقدم عليها لكن إنما يأخذه بقضاء القاضي أو التراضي فإنه ذكر في «السير الكبير» أن الوارث لو تصرف في المال بعدما عاد مسلماً نفذ تصرفه كذا في «التتارخانية» وعلله الشارح بأنه دخل في ملكه فلا يخرج عنه إلا بطريقه، وقوله في «البحر» طريقه عوده مسلماً ممنوع.

وفي قوله: وارثه إيماء إلى أنه لا حق له فيما وجده من كسب ردته لأن أخذه ليس بطريق الخلافة عنه بل لأنه فيء ألا ترى أن الحربي لا يسترد ماله بعد إسلامه وهذا وإن لم يرد مسطوراً إلا أن القواعد تؤيده/ [١/٣٣٧] (**وإلا**) أي: وإن لم يجد شيئاً في يد وارثه (**لا**) أي: لا يأخذ شيئاً هذا شامل لما إذا أزاله الوارث عن يده بسبب يقبل الفسخ كنحو بيع أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد وحكم الكتابة قد مر، ولما لم يدخل في يده أصلاً كمدبريه وأمهات أولاده المحكوم بعتقهم بذلك قيد بما بعد الحكم لأنه لو عاد قبله كان كالذي لم يرتد.

(**ولو ولدت أمة له**) أي: للمرتد (**نصرانية**) أراد بها الكتابية (**لستة أشهر**) فأكثر (**منذ ارتد**) قيد بذلك لأنها لو ولدته لأقل منها كان مسلماً وورث أباه للتيقن بوجوده قبل الردة (**فادعاه فهي أم ولده**)، لأن صحة الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك (**وهو ابنه**) وهو (**حر**) لأن المرتد لا يسترق (**ولا يرث**) لأنه إنما يتبع أباه لقربه إلى الإسلام بالجبر عليه فصار في حكم المرتد وهو لا يرث أحداً (**ولو**) كانت (**مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب**) يعني وحكم بذلك كما مر، لأن الولد يكون مسلماً تبعاً له والمسلم يرث كسب إسلام المرتد كما مر.

(**وإن لحق المرتد بماله**) إلى دار الحرب (**فظهر عليه**) أي: قال في «المغرب» ظهر علي اللص غلب وظهر عليه غلب انتهى والمراد الأول (**فهو**) أي: ماله (**فيء**) يوضع في بيت المال لسقوط عصمته تبعاً لنفسه وهو بإجماع الأئمة الأربعة (**فإن رجع**) إلى دار الإسلام (**وذهب بماله**) إلى دار الحرب (**وظهر عليه فلوارثه**)، لأنه باللحاق انتقل إلى الوارث فكان ملكاً قديماً وحكمه ما مر أنه إن وجده قبل القسمة أخذه مجاناً وبعدها بالقيمة إن شاء ولا يأخذه إن كان مثلياً لعدم الفائدة، وهذا إنما يتم بناء على أنه لا فرق بين أن يكون أخذه المال بعد القضاء بلحاقه أو قبله وهو ظاهر الرواية، أما إذا كان بعد القضاء فظاهر وأما قبله فلأن القضاء إنما احتيج إليه لثبوته الإرث لترجح عدم عوده فيقرر إقامته فيثبت موته وهذا القدر موجود بعوده

وإن لحق فقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلماً فالمكاتبة والولاء لمورثه فإن قتل مرتد رجلاً خطأ ولحق أو قتل فالدية في كسب الإسلام.........................

وأخذه المال ولحاقه ثانياً فكان ذلك بمنزلة القضاء وفي بعض روايات «السير» جعله فيء يعني إذا كان قبل القضاء.

قال في «الفتح»: والأوجه ظاهر الرواية (**وإن لحق**) المرتد (**وقضى بعبده لابنه**) يعني بعد القضاء بلحاقه على ما مر (**فكاتبه**) الابن (**فجاء**) المرتد (**مسلماً فالمكاتبة**) أي: بدلها (**والولاء لمورثه**) لأنه لا وجه في إبطال الكتابة لنفوذها بدليل متعد وهو القضاء بالعبد له ولا إلى نقله إلى ملك الأب لأنه لا يقبل النقل فجعل على أن الابن وكيل عنه لأنه لما لحق كأنه سلطه على ماله وحقوق العقد ترجع إلى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق منه.

وجزم في «الخانية» بأنه إن رجع قبل أن يؤدي جميع بدل الكتابة كان له إبطالها وهو مناف لما مر، قيد بالكتابة لأنه لو دبره كان الولاء للابن كما في «التاتار خانية» وكان الفرق أن الكتابة تقبل الفسخ بالتعجيز فلم تكن في معنى العتق من كل وجه بخلاف التدبير (**وإن قتل مرتد رجلاً خطأ ولحق**) بدار الحرب (**أو قتل**) على ردته (**فالدية في كسب الإسلام**) خاصة، أما كونها في ماله فلأن العواقل لا تعقل المرتد وأما كونها في كسب الإسلام فقط فهو قول الإمام، وقالا في كسب الردة أيضاً بناء على أنه يملك الكل عندهما فيكون ما لزمهما الكل وعنده لا يملك غيره فاختص ما لزمه به.

قال في «الفتح»: وعلى هذا ما لو غصب مالاً فأفسده فيجب ضمانه في مال الإسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب إسلام واكتسب في الردة فهدر الجناية عند أبي حنيفة خلافاً لهما انتهى، وهذا الإطلاق أعني وجوب ضمان ما غصبه في مال الإسلام عنده مقيد بما إذا لزمه ذلك بإقراره أما لو كان بالمعاينة أو البينة فإنه يخير بين أن يوفيه من كسب الإسلام أو الردة عندهم جميعاً نص عليه في «الفوائد الظهيرية».

قال في «البحر»: وينبغي أن يكون القتل خطأ كذلك لكونه متهماً في إقراره بحق الورثة وقوله فهدر الجناية الظاهر أنه تفقه منه لا حكاية للمنقول وإلا فالمسطور في كلامهم خلافه ففي «التتارخانية» قال محمد في «الجامع الصغير»: فإن لم يكن له إلا كسب الإسلام أو إلا كسب الردة تستوفى منه وإن كان له كسبها فعلى قولهما تستوفى الدية من الكسبين وعلى قوله تستوفى من كسب الإسلام أولاً فإن فضل منها شيء أخذ الفضل من كسب الردة وفي «الخانية» وإن لم يكن له إلا كسب الردة كان عليه الدية من ذلك المال.

ولو ارتد بعد القطع عمداً ومات منه أو لحق وجاء مسلماً فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته وإن لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فمكاتبته لمولاه وما بقي لورثته ولو ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فولدت.........

[٣٣٧/ب] واعلم أن جناية العبد والأمة والمكاتب المرتدين كجنايتهم في/ غير الردة (**ولو ارتد**) المسلم (**بعد القطع**) أي: قطع يده (**عمداً**) فسرى القطع إلى النفس (**ومات أو لحق**) بدار الحرب وحكم بلحاقه (**وجاء مسلماً فمات منه**) أي: من القطع (**ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته**) في المسألتين لأن السراية حلت محلاً غير معصوم فانهدرت، قيد بالعمد لأنه لو كان خطأ كان على العاقلة وقيدنا بكونه حكم بلحاقه لأنه لو عاد قبل الحكم ضمن الدية عندهما وعند محمد نصف الدية كما إذا لم يلحق وهو الذي بينه بقوله: (**وإن لم يلحق**) بدار الحرب (**فأسلم ومات**) بالسراية (**ضمن الدية**) فعندهما وقال محمد: يضمن نصف الدية لأن اعتراض الردة إهدار الجناية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان، ولهما أن الجناية وردت على معصوم وهذا لأن المعتبر في العصمة قيامها حال انعقاد السبب وحال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل عنهما، ونبه بإضافة الضمان إليه على أنه في ماله لأنه فرضه في العمد فأومئ به على أنه لو كان خطأ وجب على العاقلة ولو كان المرتد هو القاطع فقطع فقتل على ردته أو مات ثم سرى إلى النفس بعد ذلك فلا شيء فيه لو عمداً لفوات محل القصاص ولو خطأ وجبت الدية على العاقلة في ثلاث سنين من يوم القضاء عليهم كما في «الخانية».

(**ولو ارتد مكاتب ولحق**) بدار الحرب (**وأخذ**) أي: أسير (**بماله**) أي: مع ماله الذي اكتسبه في زمن ردته (**وقتل**) على ردته (**فمكاتبته**) أي: بدلها والمكاتبة التكاتب كما في «القاموس» (**لمولاه وما بقي لورثته**) وهذا مما يشكل على قول الإمام لا على قولهما لأنه لا يملكه إذا كان حراً ويملك إذا كان مكاتباً، ووجهه أن المكاتب إنما يملك اكتسابه بعقد الكتابة وهي لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فبقي موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في اكتسابه ولا يتوقف فيقضي منها ويؤدي الباقي، قيل: إذا أوقفت كتابته حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته فينبغي أن كسبه كسب مرتد حر فيكون فيئاً وأجيب بأن الحكم بحريته إنما هو في الحقوق المستحقة بالكتابة من حريته وأولاده وملك كسبه وقنة لا فيما عدا ذلك ألا ترى أن وصيته غير صحيحة لما أنها ليست من الحقوق المستحقة بها.

(**ولو ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فولدت**) المرتدة ولداً سواء حملت به في

وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فيء ويجبر الولد على الإسلام لا ولد الولد وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه..........................

دار الإسلام أو في دار الحرب (**وولد له**) أي: لذلك الولد (**ولد فظهر عليهم**) أي: غلب (**فالولدان فيء**) كأصلهما، قيد بردتهما لأن المسلم لو مات عن زوجته الحامل فارتدت ولحقت ثم ولدت فظهر عليهم فالولد حر يرث أباه ولو ولدته بعد ما سبيت في دار الإسلام كان مسلماً تبعاً لأبيه رقيقاً تبعاً لأمه فلا يرث كذا في «البدائع» (**ويجبر الولد على**) الإسلام لأنه يتبع أبويه في الإسلام والردة فيجبر كما يجبران إلا أن جبره بالضرب والحبس وجبرهما بالقتل (**لا**) يجبر (**ولد الولد**) لأنه لا يتبع جده بل أباه وردة أبيه إنما كانت تبعاً والتبع لا يستتبع وإذا لم يتبع الجد صار حكمه كسائر أهل الحرب من الاسترقاق أو وضع الجزية عليه أو القتل إذا أسروا ولا محالة أن الجد يقتل وروى الحسن عن الإمام أنه يجبر تبعاً لجده وهذه رابعة أربع مسائل على الروايتين، ففي ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعاً للجد، وفي رواية الحسن يكون والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والرابعة الوصية للقرابة كذا في «الهداية» وصورة الجر معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعاً لأمه وولاؤه لمولى أمه فإذا أعتق جده لا يجر ولاء حافده إلى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن يجر كما لو أعتق أبوه زاد في «البحر» النفقة لا تفرض على الجد الموسر بخلاف الأب وأن الأم تشارك الجد في نفقة الصغير أثلاثاً بخلاف الأب الموسر ويتصف الصغير باليتيم مع حياة جده بخلاف الأب وقدم أن في الفرائض أربعة أخرى رد الأم إلى ثلث ما بقي وحجب أم الأب والإخوة لا تسقط بالجد وعندهما تسقط بالأب اتفاقاً والرابعة أن المعتق يحجب الجد عن ميراث المعتق ولا يحجب الأب عند أبي يوسف فله السدس والباقي للابن فهو أحد عشر انتهى وأنت خبير بأن الكلام فيما جاء على الروايتين وليس في المزيد ما ذكر فما في «الهداية» هو التحقيق (**وارتداد الصبي العاقل صحيح**) عندهما خلافاً لأبي يوسف/ لأنه ضرر [٣٣٨/أ] محض قلنا: لا مرد للحقيقة بعد وجودها والخلاف في أحكام الدنيا ولا خلاف أنه مرتد في أحكام الآخرة لأن العفو عن الكفر ودخول الجنة مع الشرك مما لا يرد به شرع ولا حكم به عقل كذا في «التلويح» وعلى هذا فما في «الفتح» من أنه يخلد في النار يعني اتفاقاً (**كإسلامه**) أي: كما يصح إسلامه باتفاق علمائنا الثلاثة ولذا جعله مشبهاً به لأنه ﷺ صحح إسلام علي وكان صغيراً[1] وافتخاره بذلك معروف فقيل:

---

(١) أخرج نحوه البيهقي في الكبرى (٦/٢٠٧).

ويجبر عليه ولا يقتل.

باب البغاة

كان ابن خمس وقيل: ابن سبع وفي «البخاري» كان ابن ثمان واعترض أنه لو صح لوقع فرضاً لأنه يتنوع بنوع العبادات فيلزم كونه مخاطباً به ولا قائل به وأجيب: بأنه إنما لم يخاطب دفعاً للحرج فإذا وجد وجد كالمسافر يصلي الجمعة فيسقط فرضه وليست فرضاً عليه كذا في «الشرح» وهذا على رأي السرخسي أما على رأي فخر الإسلام فأصل الوجوب ثابت على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقليه دلالته دون وجوب الأداء لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب فإذا وجد بعد السبب وقع فرضاً كتعجيل الزكاة، قيل: هو الأوجه وهذا صريح في اتفاقهم أنه يقع فرضاً قبل البلوغ.

واعلم أن قول الشارح لا قائل بأنه مخاطب بالإيمان قبل البلوغ ففيه نظر فقد نقل في «التحرير» أن المختار عند الماتريدي أنه مخاطب بأداء الإيمان كالبالغ حتى لو مات بعده بلا إيمان خلد في النار قال في «الفتح»: ولا نعلم خلافاً بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الإيمان بعد بلوغ من حكم بصحة إسلامه صبياً تبعاً لأبويه المسلمين أو لإسلامه وأبواه كافران ولو كان ذلك فرضاً لم يغفله أهل الإسلام عن آخرهم، (**ويجبر عليه**) بالضرب والحبس لما فيه من النفع له (**ولا يقتل**) لو أبى عن الإسلام لأنه عقوبة وليس من أهلها، قيدنا بالعاقل لأن ارتداد غيره لا يصح كإسلامه وقدمنا أول الباب من لا يقتل بالإباء.

باب البغاة

أخر هذا الباب عن المرتدين لقلة وجوده كذا في «العناية»، قال في «الحواشي السعدية»: ويجوز أن يقال: تجري مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع في البغي دون الارتداد وأيضاً المرتد كافر وكتاب السير في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغي فإنه مسلم انتهى. وهذا الأخير يقتضي أن الأولى أن يترجم عنه بكتاب إذ شأن الباب دخوله تحت كتاب وهذا خارج عنه، وهي جمع باغ من بغى سعى في الأرض بالفساد ومنه الفرقة الباغية وبغى على الناس ظلم واعتدى وفي «القاموس» الباغي الطالب وفئة باغية خارجة عن طاعة الإمام العادل وفي عرف الفقهاء الخارج عن الإمام الحق والخارجون عن طاعة الإمام أصناف قطاع الطريق وهم قسمان قوم لهم تأويل سواء كان لهم منعة أو لا أخذوا الأموال وقتلوا الأنفس وأخافوا الطريق أولا، والثاني كذلك إلا أنهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل، وخوارج

خرج قوم مسلمون عن طاعة الإمام وغلبوا على بلد دعاهم إليه وكشف شبهتهم وبدأ بقتالهم.........................

وهم لهم منعة وحمية خرجوا عن طاعة الإمام بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله ﷺ وحكمهم عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة خلافاً لبعض أهل الحديث في تكفيرهم.

قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً وافقهم على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وفي «المحيط» أكثر أهل السنة على تكفير بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلاً قطعياً وبعضهم لا يكفر أحداً منهم قال في «الفتح»: والأول أثبت وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين، وبغاة وهم قوم خرجوا عن طاعته غير مستبيحين ما استباحه الخوارج، (**خرج قوم مسلمون**) قيد بذلك لأن أهل الذمة إذا غلبوا على بلدة صاروا أهل حرب كما مر.

ولو قاتلونا مع أهل البغي لم يكن ذلك نقضاً للعهد كما في «الفتح» وهذا لا يرد على المصنف لأنهم أتباع للبغاة المسلمين (**عن طاعة الإمام**) الذي به الناس في أمان والطرقات آمنة كذا في «الفتح» وأراد به السلطان أو نائبه والسلطنة تكون بأمرين مبايعة أشرافهم وأعيانهم ونفوذ حكمه بين رعيته خوفاً من قهره كذا في «الخانية» (**وغلبوا على بلد دعاهم إليه**) أي: إلى نفسه أي: إلى طاعته وقال الشارح: العود إلى الجماعة وما قلناه أحسن وأصوب قاله العيني (**وكشف شبهتهم**)/ الناشئ عنها [٢٣٨/ ب] خروجهم عليه فإن كان لظلم منه أزاله فإن لم يزله وكانت لهم شوكة وقاتلوهم فإنه لا ينبغي للناس أن يعينوهم حتى لا يكون ذلك منهم خروجاً على السلطان ولا ينبغي أيضاً أن يعينوا السلطان حتى لا يكونوا عوناً على الظلم كذا في «السراج».

وسيأتي ما يخالفه وإن كان لطلب الولاية لأنهم أحق منه في زعمهم كانوا بغاة لأن علياً فعل كذلك قبل قتال أهل حروراء بالمد والقصر قرية من قرى الكوفة تجمعت بها الخوارج وكل سفاك للدماء يقال فيه حروري وهذا مندوب فقط حتى لو قاتلهم أهل العدل قبل ذلك جاز لأنهم علموا ما يقاتلون عليه إلا إذا بينوا ما يجوز لهم القتال كجور الإمام فيجب على المسلمين معاونتهم حتى يرجع عن جوره بخلاف ما لو كان الحال مشتبهاً أنه ظلم مثل تحميل بعض الجنايات التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر لدفع ضرر أعم منه، (**وبدأ بقتالهم**) وإن لم يبدؤونا هكذا نقله الإمام خواهر زاده عن أصحابنا لأن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع بقصد القتال والامتناع، وذكر القدوري أنا لا نبدؤهم به وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل

ولو لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم وإلا لا ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا..........

العلم وإذا قاتلوا جاز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وإرسال الماء والنار. قال في «البدائع»: ويجب على كل من دعاه الإمام أن يجيب حيث كان قادراً عليه لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة وما عن الإمام من الاعتزال محمول على ما إذا لم يدعه انتهى، ولو طلبوا الموادعة أجيبوا إن كان خيراً كأهل الحرب ولو أخذوا منا رهوناً وأخذ منهم الإمام كذلك على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن فقتلوا ما عندهم لا ينبغي لنا قتل رهونهم لأنهم آمنون في أيدينا وشرط إباحة دمهم باطل، ولكن نحبسهم إلى أن يهلك أهل الحرب أو يتوبوا.

فائدة: خواهر زاده معناه ابن الأخت وكان ابن أخت القاضي الإمام ابن ثابت قاضي سمرقند كان معاصراً لشمس الأئمة السرخسي موافقاً له في اسمه وكنيته فإن كلاً منهما اسمه محمد وكنيته أبو بكر غير أن اسم أب الأول حسين والثاني سهيل وتوفيا في عام ثمان وثلاثين وأربعمائة وعاصرهما فخر الإسلام إلا أنه توفي في إحدى وثمانين وأربعمائة هذا حاصل ما في «الفتح».

وفي «الدراية»: إن خواهر زاده هو صاحب «الذخيرة» و«المبسوط» و«الإيضاح» انتهى، وبه يتبين غلط من ادعى أن «المحيط البرهاني» لصاحب «الذخيرة» (**ولو لهم**) أي: للبغاة (**فئة**) أي: طائفة يرجعون إليهم جمعه فئات ويجمع على فئون أيضاً (**أجهز على جريحهم**) أي: أثبت قتله وتممه وأسرع عليه كذا في «القاموس» (**واتبع موليهم**) بالبناء للمفعول فيهما للقتل والأسر دفعاً لشرهم كيلا يلتحقا بالفئة ثم إذا أدركه وأسره فإن الإمام يخير بين قتله وحبسه إلى أن يتوب أهل البغي فإذا حبسه أيضاً حتى يحدث توبة وينبغي للإمام أن يقتل مدبرهم كذا في «السراج».

(**وإلا**) أي: وإن لم يكن لهم فئة (**لا**) أي: لا يجهز ولا يتبع لاندفاع الشر بدونه ذلك وهو المطلوب (**ولم يسب ذريتهم**) لما رواه عبد الرزاق في «تاريخ واسط» عن علي رضي الله تعالى عنه أنه قال يوم الجمل: «لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا أسيراً وإياكم والنساء»[1] وهذا في الأسير محمول على ما إذا لم يكن له فئة، (**وحبس أموالهم**) عنهم لإضعافهم ودفع شرهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها (**حتى يتوبوا**) فيردها عليهم وفي «المحيط»، قال الباغي: تبت وألقى السلاح كف عنه ولو قال أنا على دينك ومعه السلاح لم يكف عنه.

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٦٣).

وإن احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء وإن غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به وإن قتل عادل باغياً أو قتله باغ وقال: أنا على حق ورثه...

قال في «الفتح»: وإذا حبسها كان بيع الكراع أولى لأن حبس الثمن أنظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر موتتها وبه اندفع ما في «البحر» من أن ظاهر ما في «الكتاب» حبس الكراع وليس كذلك لما علمت من أن له حبسه وإن خالف الأولى وإذا أتلفوا شيئاً لم يضمنوه قضاء بعد التوبة لكنهم يفتون بالضمان كما قال محمد ثم إطلاقه يعم العبيد أيضاً لأنه مال يعني إذا كان يخدم مولاه أما لو قاتل معه فإنه يقتل وقياس الكراع أن الأولى بيع العبد أيضاً (**وإن احتاج**) الإمام (**قاتل بسلاحهم وخيلهم**) لأن علياً رضي الله تعالى عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح[1] رواه بن أبي شيبة، قالوا: وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولا خفاء أن له أن يفعل ذلك في مال العادل / ففي مال الباغي أولى. [٣٣٩/أ]

(**وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء**) من قصاص ولا دية لأنه قتل نفساً يباح قتلها ولأن القصاص لا يستوفى إلا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية عليهم كذا في «الفتح» وهو ظاهر في أنه لا إثم عليه أيضاً، (**وإن غلبوا**) أي: البغاة (**على مصر**) من أمصارنا (**فقتل مصري مثله**) عمداً ولم يتقيد به اكتفاء بقوله (**فظهر عليهم قتل به**)

قال فخر الإسلام: معنى المسألة أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم إمام العدل عن أهلها لأنه حينئذ لم ينقطع ولاية الإمام فوجب القود، وأما لو جرت أحكامهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (**وإن قتل عادل**) رجلاً (**باغياً أو قتله**) أي: العادل (**باغ وقال**) أي: الباغي وقت قتله (**أنا على حق**) في الخروج عن الإمام (**ورثه**) أي: ورث القاتل المقتول أما إذا قتل العادل الباغي فلأنه قتله بحق وهذا لأنا مأمورون بقتالهم دفعاً لشرهم ولذا قالوا: إنه لا إثم عليه قيد بقتله إياه لأنه لو أتلف ماله ضمنه لأنه مال معصوم في حقنا وقد أمكن إيجاب الضمان فيه فكان في إيجابه فائدة كذا في «المحيط» لكن المذكور في «الهداية» وغيرها أنه لا يضمن وحمله الشارح على ما إذا كان الإتلاف بسبب القتال إذ لا يمكنه أن يقتلهم إلا بإتلاف شيء من أموالهم كالخيل والقماش الذي عليهم، أما إذا أتلفوه في غير هذه الحالة فلا معنى لنفي الضمان.

وفي «الفتح»: لو دخل باغ بأمان فقتله عادل كان عليه الدية كما قتل المسلم

---

(١) ذكره ابن حجر في الدراية (١٣٩/٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٧١٨/٨).

وإن قال: أنا على باطل لا، وكره بيع السلاح من أهل الفتنة وإن لم يدر أنه منهم لا.

مستأمناً في ديارنا وهذا لبقاء شبهة الإباحة في دمه انتهى يعني قتله عمداً وينبغي أن لا يرث منه وهذه ترد على إطلاق المصنف، وأما عكسه ففي خلاف أبي يوسف لأنه قتله بغير حق قلنا: لما قال: أنا على حق ولو كان تأويله فاسداً فالفاسد ملحق بالصحيح إذ ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم، (**وإن قال: أنا على باطل لا**) أي: لا يرث اتفاقاً لأنه قتله بغير شبهة، (**وكره بيع السلاح من أهل الفتنة**) كالبغاة وقطاع الطريق واللصوص لأنه إعانة على المعصية، قيد بالسلاح لأن بيع ما يقاتل به إلا بصنعة تحدث فيه لا يكره بخلاف أهل الحرب.

قال الشارح: والفرق فيما يظهر أن أهل البغي يتفرغون لاستعماله سلاحاً لأن فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب، وعرف بهذا أنه لا يكره بيع ما لم تقم المعصية به كبيع الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والعصير والخشب الذي يتخذ منه المعازف، وما في بيوع «الخانية» من أنه يكره بيع الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصي به مشكل والذي جزم به الشارح في الحظر والإباحة أنه لا يكره بيع جارية لمن يأتيها في دبرها أو بيع غلام من لوطي وهو الموافق لما مر، وعندي أن ما في «الخانية» محمول على كراهة التنزيه والمنفي هو كراهة التحريم وعلى هذا فيكره في الكل تنزيهاً وهو الذي إليه تطمئن النفس إذ لا شك أنه وإن لم يكن معيناً إلا أنه مسبب في الإعانة ولم أر من تعرض لهذا والله الموفق.

تكميل: بقي من أحكام البغاة أنه لو كان رجل من أهل العدل في صف أهل البغي فقتله العادل فلا دية عليهم ولو ألجأ البغاة أهل العدل إلى دار الشرك لا يحل لأهل العدل أن يقاتلوا البغاة مع أهل الشرك على معنى أنهم يستعينون بهم نعم يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج.

ولو استعان البغاة بأهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم أماناً منهم لأن المستأمن من يدخل دار الإسلام من يدخل تاركاً للحرب وهؤلاء لم يدخلوا إلا لقتال المسلمين وإذا أمن واحد من أهل العدل رجلاً من أهل البغي جاز، ومنه أن يقول: لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذمي الذي يقاتل مع أهل البغي، وإن ظهر البغاة على بلد فولوا قاضياً على أهلها ليس من أهل البغي صح وعليه أن يحكم بين الناس بالعدل ولو كتب كتابه إلى قاضي أهل العدل بحق الرجل من أهل مصره بشهادة من شهد عنده عليه إن كان القاضي يعرف أنهم ليسوا من أهل البغي أجازه وإن عرف أنهم من أهل البغي أو كان لا يعرفهم لا يعمل به.

....

قال في «الدراية»: ولو كان القاضي منهم فإن كان ممن يستحل دم أهل العدل وأموالهم لا يجوز بلا خلاف وإن كان لا يستحل يجوز عندنا، ولو كتب كتابه لقاضي أهل العدل قبله بلا خلاف والأولى / أن لا يقبله كسراً لشوكتهم، وعندنا كل مسلط [٢٣٩/ ب] إذا تم تسليطه يصير سلطاناً فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل ويكره للعادل قتل أخيه أو ابنه من أهل البغي بخلاف أخيه الكافر ويكره أيضاً أخذ رؤوسهم فيطاف بها لأنه مثلة وجوزه بعض المتأخرين إذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل وكسر شوكتهم كذا في «فتح القدير» والله أعلم.

كتاب اللقيط

كتاب اللقيط

عقبه مع اللقطة بالجهاد لما فيهما من عرضية الفوات للنفس والأموال وقدم اللقيط لتعلقه بالنفس وهي مقدمة على المال، وهو لغة: ما يلقط أي يرفع عن الأرض غلب على الصبي المنبوذ لأنه على عرض أن يلقط كذا في «المغرب»، وعرفاً: اسم لمولود حي طرحه أهله خوفاً من العيلة أو التهمة، (**ندب التقاطه**) لأن فيه إحياء نفس مسلمة (**ووجب**) أي: لزم وفيه إيماء إلى أنه يشترط في الملتقط كونه مكلفاً فلا يصح التقاط الصبي والمجنون ولا يشترط أن يكون مسلماً عدلاً رشيداً لما سيأتي من أن التقاط الكافر صحيح فالفاسق أولى، وأن العبد المحجور عليه يصح التقاطه أيضاً فالمحجور عليه بالسفه أولى.

(**إن خاف**) خوفاً قوياً ارتقى إلى غلبة الظن (**الضياع**) عليه أي: الهلاك يقال ضاع يضيع ضيعاً ويكسر وضيعة وضياعاً هلك كذا في «القاموس» بأن وجده في مسبعة ونحوها، وفسرنا الوجوب بما مر لأنه إن لم يعلم به غيره كان فرض عين وإلا ففرض كفاية، وهذا لأن إلزام التقاطه إذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت إلزامه بقطعي فرض، وظاهر أن لزوم التقاطه خوف الضياع إنما هو لحفظه فإذا طرحه حرم عليه (**وهو**) أي: اللقيط (**حر**) لأنه الأصل في بني آدم يعني في جميع الأحكام حتى يجد قاذفه دون قاذف أمه لعدم معرفة إحصانها وتقبل شهادته ويصح عتقه ولا يسترق إلا ببينة سواء كان الواجد له حراً أو عبداً أو محجوراً ولا يعرف إلا بقوله وقال المولى كذب بل هو عبدي فالقول للمولى وإن مأذوناً فللعبد كذا في «المحيط».

وفي «منية المفتي» أقر اللقيط أنه عبد فلان فإن كذباه فهو حر وإن صدقه فإن لم تجر عليه أحكام الأحرار كقبول الشهادة وضرب قاذفه يصح إقراره وإلا فلا انتهى، (**ونفقته في بيت المال**) لما أخرجه عبد الرزاق «أن أبا جميلة وجد منبوذاً على عهد عمر رضي الله تعالى عنه فأتي به فاتهمه فأثني عليه خير فقال عمر هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال»[1] وإذا جاء به إلى الإمام لا يصدقه حتى يقيم بينة على الالتقاط لأنه عساه ابنه كما لو طلب من القاضي أخذه منه وله أن لا يقبله منه، ولو أقامها إلا إذا علم عجزه عن الحفظ بنفسه فإن الأولى له أن يقبله، وقد مر أن النفقة

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٤٥٠) رقم (١٣٨٤٠).

كإرثه وجنايته ولا يأخذه منه أحد..............................

اسم للطعام والشراب والكسوة والسكنى وينبغي أن يكون ما يتداوى به من بيت المال أيضاً.

وقد قال في «المحيط»: إن مهره إذا زوجه السلطان من بيت المال فالدواء أولى ومعلوم أن هذا مقيد بما إذا لم يكن له مال وسيأتي في اللقطة ما لو أنفق عليه الملتقط (**كإرثه**) أي: كما أن إرثه لبيت المال وقد عرف أن الخراج بالضمان ودخل فيه ديته ولو قتله الملتقط أو غيره خطأ كانت الدية على عاقلته لبيت المال ولو عمداً خير الإمام بين القتل والصلح عن الدية وليس له العفو عند الإمام وقال أبو يوسف تجب الدية في مال القاتل ولو وجد مقتولاً عند غير الملتقط كانت القسامة على أهل ذلك المكان لبيت المال كذا في «الخانية».

(**وجنايته**) عطف على نفقته وهذا بلا خلاف وفي كلامه إيماء إلى أن وليه في ماله ونفسه إنما هو السلطان وبه صرح في «البدائع» وولاؤه لبيت المال ولو جعله القاضي للملتقط جاز كذا في نظم ابن وهبان، نعم له بعد بلوغه أن يوالي من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال فلا يصح ولاؤه كذا في «الخانية» (**ولا يأخذه**) أي: اللقيط (**منه**) أي: من الملتقط (**أحد**) قهراً لأنه ثبت له حق الحفظ لسبق يده فلو أخذه دفعه القاضي إلى الأول إلا إذا دفعه إليه باختياره لأنه أبطل حقه وللملتقط أن ينقله إلى حيث شاء كذا في «الخانية»، قال في «البحر»: عممه فشمل الإمام الأعظم فلا يأخذه منه بالولاية العامة إلا بسبب يوجب ذلك كذا في «الفتح».

وأقول: المذكور في «المبسوط» أن للإمام الأعظم أن يأخذه بحكم الولاية العامة إلا أنه لا ينبغي له ذلك وهو/ الذي ذكره في «الفتح» أيضاً وذلك أنه لما أن [٣٤٠/أ] نقل عن علي «أنه جيء له بلقيط فقال: هو حر ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أحب إلي من كذا وكذا»(١) فحرض على ذلك ولم يأخذه منه لأنه لا ينبغي للإمام أن يأخذه من الملتقط إلا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت إليه فهو أحق به انتهى.

ثم قال في «البحر»: وينبغي أن ينزع منه إذا لم يكن أهلاً لحفظه كما قالوا في الحاضنة وكما أفاده في «فتح القدير» بقوله لا بسبب يوجب ذلك وينبغي أن يكون معناه أن الأولى أن ينزع منه إلا أن يتعين عليه ذلك لما قدمنا عن «الخانية» فيما إذا علم القاضي عجزه عن حفظه بنفسه وأتى به إليه فإن الأولى له أن يقبله.

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٦٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٣٨٤١).

ويثبت نسبه من واحد ومن اثنين ....

واعلم أن مسألة «الكتاب» موضوعة فيما إذا اتحد الملتقط فإن تعدد وترجح أحدهما كما إذا التقطه مسلم وكافر ثم تنازعا في كونه عند أحدهما فإنه يقضى به للمسلم كما في «الخانية» معللاً بأن المسلم أنفع للقيط انتهى وبقي ما لو كانا مسلمين أو كافرين وينبغي أو يرجح ما هو أنفع للقيط (**ويثبت نسبه من واحد**) بمجرد دعواه سواء كان الملتقط أو غيره استحساناً والقياس أن لا تصح دعواهما، أما الأول فللتناقض وأما الثاني فلأن فيه إبطال حق ثابت بمجرد الدعوى أعني حق الحفظ للملتقط وحق الولاء للعامة، وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه والتناقض لا يضر في دعوى النسب، وإبطال حق الملتقط ضمنا ضرورة ثبوت النسب وكم من شيء يثبت ضمناً لا قصداً، ألا ترى أن شهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاقه للإرث، ولو أشهدت عليه ابتداء لم يصح، وما قيل من أنه بعد ثبوته يكون عند الملتقط جمعاً بين منفعتي الولد والملتقط ليس بشيء.

وفي «المنية» منكوحة التقطت فادعت أنه ولد الزوج منها لم يصح منها إلا بتصديق الزوج أو شهادة القابلة، ولو لم تكن منكوحة تصدق، ولو ادعت أنه ابنها من الزنا ويخالفه ما في «الخانية»، وإن لم يكن لها زوج فقالت لصغير: هو ابني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين قال: وإن ادعى رجل أن اللقيط ابنه قبل قوله من غير بينة لأن في قبول قول الزوج دفع العار عن اللقيط وليس ذلك في دعوى المرأة فلا يقبل قولها من غير بينة انتهى، هذا إذا لم يذكر به علامة فإن ذكر علامة غير مطابقة كما لو قال هو غلام فإذا هو جارية أو عكسه لا يقضى له أيضاً كذا في «الظهيرية»، فلو كان خنثى مشكل ينبغي أن يكون مطابقاً على كل حال هذا كله حال الحياة فلو ادعاه بعد الموت لا بد من البرهان وإن لم يترك شيئاً كذا في «الخانية».

وفيها لو أقام الذمي حال الحياة بينة من أهل الذمة أنه ابنه ذكر في «الكتاب» أن شهادتهم لا تجوز قيل: أراد بذلك ما لو أقام المسلم أيضاً بينة أنه عبده وقيل: أراد به ما لو أقامها الذمي ابتداء لأن نسبه وإن ثبت منه بمجرد الدعوى لكنه يكون مسلماً حكماً فلا يبطل الحكم بإسلامه، ويحكم بكفره بهذه البينة لأنها شهادة قامت في حكم الدين على مسلم فلا يقبل نعم لو كانا مسلمين صار تبعاً له في الدين، (و) يثبت (**من اثنين**) أيضاً حيث لا مرجح لأحدهما لاستوائهما في السبب وقيده في «الخانية» بأن يقول كل واحد منهما هو ولدي من جارية مشتركة بينهما، قال: ولو كانت بين ثلاثة فادعوه جميعاً ذكر الفقيه أبو الليث أنه يثبت نسبه منهم جميعاً وكذا إذا كانوا أربعة أو خمسة وعبارة «المنية» ادعى أكثر من اثنين فعن الإمام

وإن وصف أحدهما علامة به فهو أحق به ومن ذمي وهو مسلم..........

أنه إلى خمسة ظاهرة في عدم قبول دعوى الزائد، وقال أبو يوسف: إذا كانت بين رجلين يثبت وفي أكثر من ذلك لا يثبت انتهى.

وأقول: لا وجود لهذا التقييد في «الخانية» وإن الذي فيها لو ادعى رجلان معاً كل واحد منهما يقول: هو ولدي من جارية مشتركة بينهما يثبت نسبه وصار ولداً لهما وهذا كما ترى لا يفيد تقييداً أصلاً، ثم رأيت في «التتارخانية» لو عين كل واحد منهما امرأة أخرى قضي بالولد بينهما وهل يثبت نسب الولد من المرأتين؟ على قياس قول أبي حنيفة يثبت وعلى قولهما لا يثبت، وقال قبله: لو ادعته امرأتان كل واحدة منهما تقيم البينة على رجلٍ على حدة معينة أنها ولدته منه قال أبو حنيفة: يصير ولدهما من الرجلين جميعاً، وقالا: يصير ولدهما لا ولد الرجلين انتهى وهذا كما ترى صريح في أن اتحاد الوالدة ليس شرطاً في ثبوته من متعدد نعم المذكور في «الخانية»/ عنهما أنه لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين، ولا كلام أن [٣٤٠/ ب] المدعية لو اتحدت فإن صدقها الزوج أو شهدت لها القابلة أو أقامت بينة صحت دعوتها وإن لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة رجلين كما في «الخانية» أيضاً قيدنا بعدم المرجح لأنه لو وجد مع أحدهما قدم فيقدم الملتقط على الخارج ولو ذمياً والخارج مسلم والمسلم على الذمي والحر ولو ذمياً على العبد وذو البرهان على غيره.

وفي «المنية» لو ادعاه مرتد وذمي قدم المرتد، ومن ادعى أنه من زوجته الحرة على من ادعى أنه من الأمة كما في «الشرح» ومن وافق سن الصبي تاريخه وإن لم يوافق تاريخ واحد قضى به بينهما باتفاق الرواية عنهما وعامة الروايات عن الإمام وهو الصحيح كذا في «التاتارخانية» وفيها لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان قضي به للمسلم، (**فإن وصف أحدهما علامة به**) أي: بجسده كما قال القدوري وكأنه تحرز بذلك عما لو وصف علامة بثوبه (**فهو**) أي: الواصف (**أحق به**) وإلا لم يقل إن وافقت لأنه لا أثر لغير الموافقة.

ولو أصاب في البعض وأخطأ في البعض الآخر هذا إذا لم يعارضها ما هو أقوى منها كالبرهان من أحدهما وكونه مسلماً وكونه أسبق من ذي العلامة كذا في «الفتح»، وينبغي أن يكون من ذلك كونه حراً فيقدم على العبد ذي العلامة (و) يثبت نسبه أيضاً (**من ذمي، وهو**) أي: اللقيط (**مسلم**) استحساناً لأن دعواه تضمنت النسب وهو يقع للصغير ونفي الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر إذ يجوز أن يكون من الكافر مسلماً بأن أسلمت أمه

إن لم يكن في مكان أهل الذمة ومن عبد وهو حر ولا يرق إلا ببينة وإن وجد معه مال فهو له

فصححنا دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وإذا حكمنا بأنه مسلم وجب أن ينتزع من يده إذا قارب أن يعقل الأديان إلا أن يقيم بينة من المسلمين لا من أهل الذمة أنه ابنه فيكون كافراً (**إن لم يكن**) أي: إن لم يوجد اللقيط (**في مكان أهل الذمة**) بأن كان في قرية من قراهم أو في بيعة أو كنيسة في دار الإسلام فيكون كافراً، قيد باتحاد الواجد والمكان لأنهما لو اختلفا بأن وجده مسلم في مكان أهل الذمة أو كافر في مكان المسلمين ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان وعليه جرى القدوري وهو ظاهر الرواية كما في «الاختيار».

واختلفت نسخ «المبسوط» في كتاب «الدعوى» ففي بعضها اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة وفي بعضها اعتبر الإسلام نظراً للصغير، قال في «الفتح»: ولا ينبغي أن يعدل عن الثاني، وأفهم كلامه أنه لو وجده مسلم في مكان أهل الإسلام كان مسلماً بالأولى وبه عرف أن الصور أربع اتفاقيتان وهي ما لو وجده مسلم في مكان أهل الإسلام أو كافر في مكان أهل الكفر، واختلافيتان وهي ما لو وجد مسلم في كنيسة أو كافر في قرية للمسلمين، وقيل: يعتبر الزي والسيماء (و) يثبت نسبه أيضاً (**من عبد**) لأنه ينفعه (**وهو**) أي: اللقيط (**حر**) لأنه ليس من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه لأن المملوك قد تلد له الحرة فيتبع أمه فقبلناه فيما ينفعه دون ما يضره على ما مر وإطلاقه يعم ما لو ادعى أنه ابنه من زوجته الأمة وهذا قول محمد وقال أبو يوسف: يكون عبداً لأنه يستحيل أن يكون الولد حراً بين رقيقين.

قلنا: لا يستحيل لأنه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية بالشك كذا في «الشرح» وهو ظاهر في اختيار قول محمد، على أن أنه يتصور أن يكون الولد حراً بين زوجين رقيقين بلا تحرير ولا وصية بأن يكون للحر ولد وهو قن لأجنبي زوجه أبوه أمة له برضا مولاه كان ولدها منه حراً لأنه ولد ولد المولى كذا في «الفصول» (**ولا يرق**) أي: اللقيط (**إلا ببينة**) يقيمها مدعي الرق على الملتقط إذ هو الخصم هنا لما أنه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول إلا ببرهان، وفي دعوى نسبه تزول بلا برهان والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة، وليست دعوى رقه كذلك بل فيها ضرر بين لأنه يجوز فلا يزول إلا ببينة من المسلمين إلا إذا اعتبر كافراً بوجوده في مكان أهل الذمة، (**وإن وجد معه مال فهو له**) عملاً بالظاهر أي: مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها كذا في «الفتح» والدابة له كما في «الخانية».

ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة ويسلمه في حرفة ويقبض هبته.

والتقييد بالشد كأنه جرى على الغالب وإلا فلو كانت فوقه أو تحته ينبغي أن تكون له كما أنها معه نعم لو كانت بقربه لا تكون له كما في «الجوهرة» وبه عرف أن الدار التي هو فيها وكذا البستان لا يكون له بالأولى، قالوا: ويصرفه الواجد أو غيره/ إليه بأمر القاضي في ظاهر الرواية في الإنفاق عليه وشراء ما لا بد منه من طعام [١/٣٤١] وكسوة والقول له في نفقة مثله وقيل: لا يحتاج إلى أمر القاضي، (**ولا يصح للملتقط عليه نكاح**) لأنه يعتمد الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا وجود لواحد منها، (**وبيع**) اعتباراً بالأم وهذا لأن ولاية التصرف إنما هو لتمييز المال وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما، (**وإجارة**) هذا رواية «الجامع» وهو الصحيح لأنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الأم فإنها تملك إتلاف منافعه بالاستخدام والإعادة بلا عوض فتملك الإجارة بالأولى وذكر القدوري أنه يملكها وإذا عرف هذا فولاية التصرف عليه في نفسه وماله إنما للسلطان (**ويسلمه**) الملتقط (**في حرفة**) أي: صناعة لأنه من باب تثقيفه أي تقويمه وحفظ ماله وكان ينبغي أن يقال: ما قيل في وصي اليتيم أنه يعلمه العلم أولاً فإن لم يجد فيه قابلية سلمه الحرفة (**ويقبض هبته**) والصدقة عليه لأنه نفع محض ولذا ملك الصبي إذا كان عاقلاً وكذا الأم ووصيتها.

تتمة: بقي من أحكامه ختانه.

قال في «الخانية»: ليس للملتقط ذلك فإن فعل وهلك ضمن ولو أمر الختان فهلك ضمن أيضاً دون الختان هذا إذا لم يعلم بكونه ملتقطاً فإن علم ضمن كذا في «الذخيرة»، وفي «الفتح» لو بلغ فاستدان أو بايع إنساناً أو كفل كفاية أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لزيد لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم والله الموفق بمنه وكرمه.

كتاب اللقطة

قدمها في «الخانية» على اللقيط وما هنا أولى لما مر وهي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة لكثير الهمز وبسكونها للمفعول كضحكة للذي يضحك منه وقيل للمال لقطة بالفتح مبالغة لزيادة معنى اختص به هو أن كل من رآها يميل إلى رفعها فكأنها تأمره بالرفع فأسند إليها مجازاً ونظيره قولهم: ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لأن من رآها يرغب في الركوب والحلب فنزلت كأنها احتلبت نفسها وأركبت نفسها قاله الشارح، وتبعه في «الفتح» ثم قال: وما عن الأصمعي وابن الأعرابي من أنها بالفتح اسم للمال فمحمول على هذا.

قال العيني: وهذا تعسف بل اللقطة بالفتح والسكون اسم وضع على هذه الصيغة للمال الملتقط وليس هذا مثل الضحكة ولا مثل قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب لأن هذه صفات تدل على التجدد والحدوث على أن الأول للمبالغة في وصف الفاعل أو المفعول والثاني والثالث بمعنى المفعول للمبالغة وفي «القاموس» اللقطة محركة كهمزة ما التقط وفي الشرع مال يوجد ولا يعرف له مالك وليس بمباح كذا في «المضمرات».

قال في «البحر»: فخرج ما عرف مالكه فإنه ليس لقطة بدليل أنه لا يعرف بل يرد إليه وبالأخير مال الحربي لكن يرد عليه ما كان محرزاً بمكان أو حافظ فإنه داخل في التعريف فالأولى أن يقال: هي مال معصوم متعرض للضياع انتهى.

وأقول: الحرز بالمكان ونحوه خرج بقوله يوجد أي في الأرض أي ضائعاً إذ لا يقال في المحرز ذلك على أنه في «المحيط» جعل عدم الإحراز من شرائطها وعرفها بأنها رفع شيء ضائع للحفظ على الغير لا للتمليك وهذا يفيد أن عدم معرفة المالك ليس شرطاً في مفهومها ويدل على ذلك ما ذكر صاحب «المحيط» في آخر الباب لو أخذ ثوب سكران وقع على الأرض نائماً ليحفظه فهلك على يده لا ضمان عليه لأنه متاع ضائع كاللقطة فإن كان الثوب تحت رأسه أو كانت دراهمه في كمه فأخذها ليحفظها فهو ضامن لأنه ليس بضائع ولأنه محفوظ بمالكه انتهى بأدنى تأمل وسكت عن صفة رفعها.

وفي «الذخيرة» إن خاف الضياع كان فرضاً وإلا كان مباحاً أجمع عليه العلماء ثم اختلفوا في الأفضل الأخذ أو الترك والمذهب عن علمائنا وعامة العلماء أن الرفع

....

أفضل انتهى، وعليه جرى في «الخلاصة» و«المحيط» و«التتارخانية» و«الاختيار» وارتضاه في «الفتح» وقيده في «السراجية» بأن يأمن على نفسه ردها فإن كان لا يأمن فالترك أولى.

وجزم في «النتف» بأن الترك أفضل وقد علمت ما هو المذهب ثم قال في «النتف»: إلا أن يكون من الحيوان ما لا يمنع السباع عن نفسه، وفي «البزازية» لقطة الحيوان إن في القرية فالأفضل الترك وإن في الصحراء فالأفضل الأخذ ونقل ابن وهبان عن كتب الأصحاب في الصحراء الترك وجعل في «البدائع»/ افتراض الرفع عند [٣٤١/ب] خوف الضياع مذهب الشافعي قال: وهذا غير سديد لأن الترك لا يكون تضييعاً بل امتناع عن حفظه غير ملتزم انتهى.

وما في «البدائع» شاذ وعلى أنه فرض لو تركها حتى ضاعت فالظاهر أن لا ضمان عليه لكنه يأثم ويدل عليه ما في «جامع الفصولين» لو انفتح زق فمر به رجل فلو لم يأخذه برئ ولو أخذه ثم ترك ضمن لو مالكه غائباً لا لو حاضراً، وفي «الفتح» لو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه.

قال في «البحر»: وأما شرائط الملتقط فلم أر من بينها ثم نقل عن «القنية» وجد الصبي لقطة ولم يشهد ضمن كالبالغ، وفي «المجتبى» التعريف إلى ولي الصبي كالبالغ انتهى وهذا يفيد صحة التقاطه، وفي «كافي» الحاكم لو أقام مدعيها شهوداً كفاراً على ملتقط كافر قبلت انتهى، وهذا يدل على صحة التقاطه، قال: ولم أر حكم التقاط المرتد لقيطاً أو لقطة والظاهر أن مشايخنا إنما لم يقيدوا الملتقط بشيء لإطلاقه عندنا.

وفي «البزازية» ليس للمولى أن يأخذ وديعة عبده مأذوناً أم لا ما لم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أن يكون وديعة الغير في يد العبد فإن برهن أنه للعبد يدفع إليه، وقوله: لاحتمال أن يكون وديعة الغير تصريح بأنه أهل للإيداع فكذا الالتقاط بجامع الأمانة فيهما وينبغي أن يكون التعريف إلى مولاه كالصبي بجامع الحجر فيهما أما المأذون أو المكاتب فالتعريف إليهما.

وفي «كافي» الحاكم عن أبي سعيد مولى ابن رشيد قال: وجدت خمسمائة درهم بالحيرة وأنا مكاتب فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب فقال: اعمل فيها وعرفها قال: فعملت بها حتى أديت مكاتبتي ثم أتيته فأخبرته فقال: ادفعها إلى خزائن بيت المال، ولو قال المولى هي ملكي وقال العبد: بل لقطة فقياس ما مر في اللقيط أنه إذا

لقطة الحل والحرم أمانة إن أخذها ليردها على ربها وأشهد وعرّف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها.......................................

كان مأذوناً لم يقبل قوله وإلا قبل، واعلم أنه ينبغي أن لا يتردد في اشتراط كونه عاقلاً صاحياً فلا يصح التقاط المجنون والمدهوش والسكران لعدم الحفظ منهم.

فـــرع

التقط شيئاً فضاع منه ثم وجده في يد غيره فلا خصومة بينهما كذا في «النوازل»، وقدمنا في اللقيط أن الأول أحق به، وفرق الولوالجي بأن اللقطة لها مستحق آخر بحسب الظاهر فكانت يد الثاني كالأول بخلاف اللقيط لكن قال في «السراج»: الصحيح أن له الخصومة لأن يده أحق، (**لقطة الحل والحرم**) نبه بذلك على أنه لا فرق بين مكان ومكان (**أمانة**) في يد الملتقط (**إن أخذها**) ليردها قيد بذلك لأنه لو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع (**وأشهد**) على ذلك بأن يقول: عندي شيء أو ضالة فمن سمعتموه ينشد ضالاً فدلوه علي لا فرق بين كونها واحدة أو أكثر، قيد بإشهاده لأنه لو لم يشهد وادعى أنه أخذها ليردها وكذبه ضمنها عندهما وقال أبو يوسف: يقبل قوله بيمينه أنه أخذها ليردها ولهما أنه أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه فلا يقبل منه إلا ببرهان.

قال الطحاوي: وبقول أبي يوسف نأخذ، قاله الإتقاني، وفي «الينابيع» الأصح أن محمداً مع أبي يوسف والخلاف مقيد بما إذا اتفقا على اللقطة أما لو ادعى المالك أنه غصبها وقال: إنما التقطها ضمن اتفاقاً وبما إذا أمكنه الإشهاد فإن لم يمكنه بأن لم يجد من يشهده أو خاف أن يأخذها ظالم فتركه لا يضمن إجماعاً والقول له مع يمينه أنه المانع كذا في «الفتح»، (**وعرف**) أي: أعلم بها عطف على أشهد وظاهره أن التعريف شرط أيضاً وأن الإشهاد لا يكفي لنفي الضمان وهكذا شرط في «المحيط» لنفي الضمان الإشهاد وإشاعة التعريف كذا في «البحر».

وأقول: رأيت في «الدرر» لمنلا خسرو التصريح بذلك حيث قال: فإن أشهد عليه وعرف (**إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها**) أو أنها تفسد إذا بقيت كانت أمانة عنده، قلت أو كثرت.

قال الحلواني: وأدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول: أخذتها لأردها فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى، قال في «الفتح»: فجعل التعريف إشهاداً ثم قال: وعلى هذا لا يلزم الإشهاد أي: التعريف وقت الأخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف منه أنه أخذها ليردها لا لنفسه ورده في «البحر» بأن

ثم تصدق ....

الاستشهاد لا بد منه على قول الإمام اتفاقاً وإنما اختلفوا في الاكتفاء به عند الأخذ عن التعريف.

وأقول: وعبارة الشارح صريحة في ذلك، وقال الحلواني: إنه يكفيه الإشهاد أنه يأخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك تعريضاً وهو المذكور في/ [٣٤٢/أ] «السير الكبير»، قال في «الخلاصة»: ويعرفها حيث وجدها جهراً لا سراً انتهى، ولو عجز عن تعريفها بنفسه دفعها لغيره ليعرفها كذا في «التتارخانية». وفي «الحاوي القدسي»: لو وجدها رجلان عرفاها جميعاً واشتركا في حكمها إلا إن علم أي: غلب على ظنه أن ربها لا يطلبها هذا هو الصحيح كما في «المجمع» وفي «المضمرات» وعليه الفتوى وظاهر الرواية التقدير بالحول مطلقاً كما في «الأصل» ثم اختلفوا قيل: يعرفها كل جمعة، وقيل: كل شهر، وقيل: كل ستة أشهر، وروى الحسن عن الإمام هذا التقدير في المائتين فصاعداً وفيما فوق العشرة إلى المائتين يعرفها شهراً وفي العشرة جمعة وفي الثلاثة دراهم أيام وفي درهم يوماً، قال الشارح: هذا وما في «المختصر» واحد لأنه فوضه إلى اجتهاده وهذا قدره باجتهاده فلا تنافي بينهما انتهى. وأنت خبير بأنه من المجتهد عن تأويل ومن غيره عن غلبة الظن وفرق بينهما فتدبره، وفي قوله: إلى أن علم إلى آخره إيماء إلى أنه لو علم أنه لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان جاز له أن ينتفع به بلا تعريف ولو حملها وأراد صاحبها أخذها كان له ذلك ولو وجدها مجتمعة فلا بد من التعريف لأن صاحبها يطلبها كذا في «الخانية».

وقالوا: لو سيب دابته فقال: هي لمن أخذها فأصلحها إنسان فلا سبيل للمالك عليها ولو اختلفا فالقول لصاحبها يعني مع يمينه، **(ثم تصدق)** بها إيصالاً للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان وذلك عند تعذر إيصال عينها بالثواب الحاصل له بفرض إجازته ولم يقل على الفقراء استغناء بلفظ التصدق ومن ثم قالوا: إنه لا يتصدق بها على غني ولا على ولد الغني الفقير الصغير ولا عبده وهو فعل ينبغي أن لا يتردد في ضمانه، وله إمساكها وسيأتي أن له الانتفاع بها.

وفي «الخلاصة» له بيعها أيضاً إن لم تكن دراهم ودنانير وإمساك ثمنها ثم إذا جاء ربها ليس له نقض البيع إن كان بأمر القاضي وإن بغير أمره وهي قائمة فإن شاء أجاز البيع وإن شاء أبطله، وإن هلكت فإن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ بيعه في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ وسكت عن دفعها إلى القاضي وقد قالوا: إن له ذلك فإن قبلها منه إن شاء عجل صدقتها وإن شاء أقرضها من مليء وإن شاء دفعها مضاربة والظاهر أن له البيع أيضاً بقي هل الأولى الدفع إلى القاضي؟ ففي «الحاوي

فإن جاء ربها نفذه أو ضمن الملتقط وصح التقاط البهيمة........

القدسي» أنه الأجود ليفعل الأصلح، وفي «المجتبى» التصدق في زماننا أولى من الدفع إليه.

أقول: وينبغي أن يفصل في القاضي إن غلب على ظنه ورعه وعدم طمعه دفع الأمر وإلا لا، ثم إذا أمسكها وحضرته الوفاة أوصى بها ثم الورثة يعرفونها، قال في «الفتح»: ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفونها حتى هلكت وجاء صاحبها أنهم يضمنون لأنهم وضعوا أيديهم على اللقطة ولم يشهدوا أي يعرفوا، قال في «البحر»: وقد يقال: إن التعريف عليهم غير واجب حيث عرفها الملتقط، بقي هل هذا الإيصاء واجب؟. ففي «القنية»: إن غلب على ظنه أن صاحبها لا يوجد لا يجب وإلا وجب، واعلم أن جواز التصدق في لقطة المسلم، أما إذا كانت لذمي فإنها توضع في بيت المال للنوائب كذا في «التاتارخانية» (**فإن جاء ربها**) أي: مالكها (**نفذ**) أي: التصدق ولو بعد هلاك العين لأن الملك يثبت للفقير قبل الإجازة فلم يتوقف على قيام المحل، والظاهر أنها لو كانت لصبي فليس للأب والوصي تنفيذ الصدقة أو ضمن الملتقط لأنه تصرف في ماله بغير إذنه وإباحة تصرفه من جهة الشرع لا تنافي الضمان حقاً للعبد، كتناول مال الغير حال المخمصة أطلقه فشمل القاضي أيضاً ومن ثم كان الأصح أنه لا فرق في تضمينه بين أن يكون بأمر القاضي أو لا لأن أمره لا يزيد على تصدقه بنفسه ولم يذكر تضمين الفقير لو لم تكن قائمة في يده.

وقد قالوا: إنه إذا كان معلوماً كان له تضمينه لأنه أخذ ماله بغير إذنه ولا يرجع على الملتقط بشيء وكذا هو لا رجوع له على الفقير (**وصح**) أي: جاز (**التقاط البهيمة**) وهي كما في «القاموس» كل ذات أربع ولو في الماء وكل حي لا يميز والجمع بهائم وهذا يعم الدواب والإبل والغنم والطيور والدجاج عبر بالصحة دفعاً لقول من قال: إن الأخذ لا يجوز ونقل ذلك عن أحمد، وعن الشافعي تخصيص هذا بالكبار، وفسر في «البحر» الصحة بالندب لأن خلاف الأئمة فيه فإنهم قالوا تركه أفضل لا أنهم/ قالوا بعدم الجواز، وأنت خبير بأن استعمال لفظ الصحة بمعنى المندوب مما لا يعرف في كلامهم وعلى ما قررنا جرى الشارح العيني. [٣٤٢/ب]

وفي «الفتح» كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الأخذ وحله وهو الظاهر فعندنا يجوز لأنها كغيرها يتوهم ضياعها فيندب أخذها وتعريفها فإن خاف الضياع وجب وأما جوابه ﷺ كما في «الصحيح» حين سئل عن ضالة الإبل بقوله: «ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها أي نعلها وقرنيها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى

وهو متبرع في الإنفاق على اللقيط واللقطة وبإذن القاضي يكون ديناً ولو كان لها نفع آجرها وأنفق عليها من أجرتها..

يجدها ربها»(١) فحمله في «المبسوط» على ما كان في زمنه ﷺ من غلبة أهل الصلاح والأمانة أما في زماننا فالغلبة لأهل الفساد والغرابة ولا يؤمن من وصول يد خائنة إليها، فإذا جاء ربها لم يجدها، وعن هذا قيد المسألة في «الحاوي القدسي» بما إذا وجدها في مفازة أو برية فإن وجدها في غيرهما لا يأخذها ما لم يغلب على ظنه أنها ضالة بأن كانت في موضع لم يكن بقربه بيت مدر أو شعر أو قافلة نازلة أو دواب في مراعيها انتهى.

قال في «البحر»: فلو وصف المصنف البهيمة بالضالة لكان أولى، وعندي أن لفظ الالتقاط يغني عنه (**وهو متبرع في الإنفاق على اللقيط واللقطة**) لقصور ولايته فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره (**وبإذن القاضي يكون ديناً**)، صورة إذنه أن يقول له: أنفق على أن ترجع وإن لم يقل ذلك لا يكون ديناً في الأصح.

وبه اندفع قول الشارح: إن هذا يشير إلى أنها تصير ديناً بمجرد أمره وليس كذلك في الأصح نعم عبارة «المجمع» أوضح وأفود حيث قال: فإن أنفق الملتقط كان متبرعاً إلا أن يأذن له القاضي بشرط الرجوع أو يصدقه اللقيط إذا بلغ أي يصدقه على أن القاضي أذنه بشرط الرجوع في المقدار الذي ادعي بصرفه عليه ويدل على ذلك ما في «فتح القدير» فإذا أنفق بالأمر الذي يصير به ديناً عليه فبلغ فادعى أنه أنفق عليه كذا فإن صدقه اللقيط رجع عليه به وإن كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة انتهى، لا ما ادعاه ابن الملك من أنه إذا لم يأمره بالإنفاق فادعاه بعد بلوغه وصدقه اللقيط أنه أنفق للرجوع عليه فله الرجوع لأنه أقر بحقه وأبهم الديون لظهور أن اللقيط إذا بلغ ولم يدع أحد نسبه أو رقه فإن ادعاه أحد كان هو الأب أو السيد وفي اللقطة ربها ثم شرط في «الأصل» يعني لإذن القاضي له بالإنفاق وإقامة البينة وهو صحيح لاحتمال أن يكون غصباً وفيه لا يأمر بالإنفاق وإنما يأمره في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال، وإن قال: لا بينة لي يقول له القاضي: أنفق عليها إن كنت صادقاً فيما قلت. وصرح في «الظهيرية» بأن اللقيط كذلك (**وإن كان لها نفع**) بأن كان بهيمة يحمل عليها (**أجرها**) القاضي (**وأنفق من أجرتها**) لأن في ذلك إبقاء العين على ملكه من غير إلزام دين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق كذا في «الهداية» وفي «الشرح» أنه لا يؤجر كما في «غاية البيان» إذ يخاف عليه الإباق.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٩٥)، ومسلم (١٧٢٢).

وإلا باعها ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة ولا يدفعها إلى مدعيها بلا بينة فإن بيَّن علامتها حل له الدفع بلا جبر..

قال في «البحر»: ولم أر ما لو صار اللقيط مميزاً ولا مال له هل يؤجره القاضي للنفقة أو لا انتهى، يعني إذا لم يعطه الإمام شيئاً من بيت المال **(وإلا)** أي: وإن لم يكن لها نفع **(باعها)** القاضي، هذا الإطلاق قيده في «البدائع» بما إذا أقام البينة على الالتقاط وظاهر كلامه أنه لم يكن لها نفع إلا بإذنه بالإنفاق، وفي «الهداية» وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة ديناً.

قالوا: إنما يأمره بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكه فإذا لم يظهر يأمره ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر مدة مديدة انتهى، وإذا لم يكن ثمة نظر فينبغي أن لا ينفذ من القاضي أمره به كذا في «الفتح»، **(ومنعها)** أي: اللقطة **(من ربها حتى يأخذ النفقة)** لأنه حيي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه البيع ولا يسقط دين النفقة بهلاكها في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعده لأنه يصير كالرهن ولم يحك المصنف في «الكافي» تبعاً لصاحب «الهداية» فيه خلافاً فيفهم أنه المذهب وجعل القدوري في «تقريبه» هذا قول زفر وعند أصحابنا لا يسقط لو هلك بعده، وعزاه في «الينابيع» إلى علمائنا الثلاثة.

[٣٤٣/أ] واعلم أنه لا فرق في جواز منعها للإنفاق / بين أن يكون الملتقط أنفق من ماله أو استدان بأمر القاضي ليرجع على صاحبها كما في «الحاوي» وقياس ما مر في النفقة أن له أن يحيل على ربها بغير رضاه كالزوجة إذا استدانت بالأمر، وفيه أن للقاضي أن يبيعها ويعطي النفقة من ثمنها عند حضور ربها وامتناعه من دفعها **(ولا يدفعها إلى مدعيها)** جبراً عليه **(بلا بينة)** يقيمها عند القاضي للخبر المشهور «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] ولو كانت في يد كافر فادعاها رجل وأقام على ذلك كافرين لم تقبل قياساً كما إذا كانت في يد مسلم وتقبل استحساناً ولو في يد مسلم وكافر قبلت على ما في يد الكافر **(فإن بين علامتها)** كعد الدراهم ووزنها والوكاء والوعاء **(حل له الدفع بلا جبر)** لخبر مسلم «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطه إياها وإلا فاستمتع بها»[2] حمل الأمر فيه على الإباحة جمعاً بينه وبين ما روينا، ولو ادعياه وبينا علامة موافقة.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، بلفظ «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» (١٢٣/٨).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٣)، والبخاري برقم (٢٢٩٤).

وينتفع بها لو فقيراً وإلا تصدق على أجنبي وصح على أبويه وزوجته وولده لو فقراء.

قال في «البحر»: لم أره وينبغي أن يحل له الدفع لهما ولو صدقه حل أيضاً ثم قيل: لا يجبر، وقيل: يجبر وإذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وأقام آخر بينة أنها له فإن كانت قائمة أخذها وإن هالكة ضمن أيهما شاء فإن ضمن القابض لا يرجع على أحد أو الملتقط فكذلك في رواية وفي أخرى يرجع وهو الصحيح لأنه وإن صدقه إلا أنه بالقضاء عليه صار مكذباً شرعاً فبطل إقراره كذا في «الفتح».

ولو دفع ببرهان فإن أقام آخر بينة أنها له لا يضمن هذا وسكت المصنف عن أخذ الكفيل قالوا: وله ذلك نظراً له لاحتمال أن يقيم غيره ببينة أنها له أما إذا دفعها بالبرهان فلا يأخذ في الأصح كما في «النهاية» (**وينتفع بها**) أي: يباح له الانتفاع بها (**لو كان فقيراً**) لما رواه البزار من قوله ﷺ حين سئل عن اللقطة فقال: «لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة فإن جاء صاحبه فليرده إليه وإن لم يأت فليتصدق به»[1] والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة وإذا كان المبيح هو الفقر فلا فرق بين الواجد وغيره في الانتفاع بها نظراً للمالك لأنها بتقدير مجيبه تكون مضمونة على المنتفع وإلا كان له ثوابها ومعنى الانتفاع بها صرفها إلى نفسه كما في «الفتح».

وهذا لا يتحقق ما بقيت في يده لا يملكها كما توهمه في «البحر» لما أنها باقية على ملك صاحبها ما لم يتصرف فيها حتى لو كانت أقل من نصاب وعنده ما يصير به نصاباً حال عليه الحول تحت يده لا يجب عليه زكاة، وإطلاقه كغيره يفيد أن هذا لا يتوقف على أمر القاضي والمسطور في «الخانية» توقف حال الانتفاع على إذنه حيث قال: وإن كان الملتقط فقيراً إن أذن له القاضي أن ينفقها على نفسه يحل له أن ينفق ولا يحل بغير إذن القاضي عند عامة العلماء، وقال بشر: يحل، ثم قال: وجد عرضاً لقطة فعرفها ولم يجد صاحبها وهو فقير باعها وأنفق الثمن إلى نفسه ثم أصاب مالاً.

قالوا: لا يجب عليه أن يتصدق على الفقراء بمثل ما أنفق على نفسه انتهى. وهو المختار كما في «الولوالجية» فلم يقيد البيع بإذن القاضي قيد بالفقير لأن الغني لا يحل له الانتفاع بها إلا بطريق القرض لكن بإذن الإمام (**وإلا**) أي: وإن لم يكن فقيراً كل واحد منهم (**تصدق على أجنبي وأبويه**) أي: الملتقط (**وزوجته وولده لو**) كان كل واحد منهم (**فقراء**) أطلق في ولده فشمل الصغير، وينبغي تقييده بأن يكون الملتقط فقيراً كذا في «البحر».

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤ / ١٨٢)، والطبراني في الصغير (١ / ٦٢).

....

وأقول: هذا سهو بل المراد الكبير إذ موضوع المسألة ما إذا كان الملتقط غنياً وله ابن فقير وهذا لا يأتي في الصغير فكيف يشمله الإطلاق، وقدمنا أنه لا يتصدق بها على ولد غني.

خاتمة: وضعت ملاءتها وأخرى كذلك فجاءت الأولى وأخذت ملاءة الثانية لا ينبغي للثانية أن تنتفع بملاءة الأولى فإن أرادت ذلك قالوا: ينبغي أن تتصدق بها على ابنتها إن كانت فقيرة ثم تهب الابنة الملاءة منها فيسعها الانتفاع بها وكذلك الجواب في المكعب إذا سرق وترك له عوض وقيل: هذا إذا كان المكعب الثاني مثل الأول أو أجود من الأول أما إذا كان الثاني دون الأول فله أن ينتفع به من غير هذا التكليف لأن أخذ الأجود وترك الأدون دليل الرضى بالانتفاع بالأدون كذا في «الظهيرية».

وفي «الحاوي القدسي» غريب مات في بيت إنسان وليس له وارث معروف كان حكم تركته/ [٣٤٣/ب] كحكم اللقطة إلا إذا كان مالاً كثيراً فيكون لبيت المال بعد البحث والفحص عن ورثته سنين انتهى، وإذا لم يجدهم وكان مصرفاً ينبغي أن يجوز له صرفه إلى نفسه وفي «الخانية» له برج حمام اختلط به حمام أهلي لغيره لا ينبغي له أخذه، فإن طلبه صاحبه بعد أخذه رده إليه، ولو فرخ عنده فإن كانت الأم غريبة لا يتعرض لفرخه لأنه ملك الغير وإن كانت لصاحب البرج والغريب إنما هو الذكر كان الفرخ له، وكذا البيض وإن لم يعلم أن في برجه غريباً قالوا: لا شيء عليه إن شاء الله تعالى.

وفي «الظهيرية» إذا لم يملك الفرخ وكان فقيراً يتناوله لحاجته وإن كان غنياً تصدق به على فقير ثم اشتراه منه، قال السرخسي: وهكذا كان يفعل شيخنا شمس الأئمة الحلواني وكان مولعاً بأكل الجوازل جمع جوزل فرخ الحمام وفيها المأخوذ به أن للأمر بالنشاء وسكراً أو غيره أن يحبس لنفسه مقدار ما يحبسه الناس وأن يلتقط ومن وقع في حجره شيء فأخذه منه غيره إن هيأه لذلك لا يكون للآخذ وإلا كان له.

وفي «الخانية» مر بثمار ساقطة تحت الأشجار في الصيف إن كان في المصر لا يسعه أن يتناول شيئاً منها إلا أن يعلم أن صاحبها أباح ذلك نصاً أو دلالة وإن كان في الحائط فإن كانت مما تبقى فكذلك وإن لم تبق قيل: إنه كذلك وقيل: إنه لا بأس به ما لم يعلم النهي صريحاً وعليه الاعتماد والله الموفق للصواب.

كتاب الآبق

أخذه أحب إن قوي عليه..........................

كتاب الإباق

ذكر في «النهاية» وتبعه في «الدراية» «والعناية» أن هذه الكتب أعني اللقيط واللقطة والإباق والمفقود يجانس بعضها بعضاً من حيث في كل منها عرضية الزوال والهلاك وتبعه في «فتح القدير» بأن التعرض له في الإباق بفعل فاعل مختار فكان الأنسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقيط واللقطة وكذا الأولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب وقدمنا عنه في الطهارة أن الحوالة كذلك.

وأجاب في «البحر» بأن خوف التلف في ذات اللقيط أكثر من اللقطة فذكر بعد الجهاد وخوف التلف في الآبق إنما هو من حيث الانتفاع للمولى لأنه لو لم يعد إليه لا يموت بخلاف اللقيط فإنه لصغره إن لم يرفع يموت ومسائل كل منه مستقلة فكان الأنسب التعبير عنها بكتاب والإباق مصدر أبق كضرب وهذا هو الأكثر كما في «المصباح».

وفي «القاموس»: أبق العبد كسمع وضرب ومنع أبقاً ويحرك وإباق ككتاب ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب فهو آبق وأبوق وجمعه ككفار وركع وعرفه، في «العناية»: بأنه الهارب من مالكه قصداً ورده في «الفتح» بأن الهرب لا يتحقق إلا بالقصد والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق إليه انتهى. بقي أنه لا يلزم أن يكون الهرب من المالك ومن ثم عرفه في «الإصلاح» بأنه انطلاق الرقيق تمرداً ليدخل ما لو هرب من مؤجره أو مستعيره أو مودعه أو وصيه، (**أخذه أحب**) أي: أفضل (**إن يقوى**) أي: يقدر (**عليه**) حفظاً حتى يصل إلى مولاه لأن فيه إحياء ماليته بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك ولا يعلم فيه خلاف وسكت عن خوف هلاكه لو لم يأخذ وصرح في «البدائع» بأن حكم أخذه حكم اللقطة فعلى هذا يفترض إن خاف ضياعه ويندب إن لم يخف كذا في «البحر».

وأقول: هذا غلط فاحش وذلك أنه قدم عن «البدائع» أن أخذ اللقطة مع خوف الضياع ليس بفرض وأن القول بالفرضية مذهب الشافعي فكيف يفهم من قوله: إن حكم أخذه حكم اللقطة أن يكون فرضاً فسبحان من تنزه عن السهو والنسيان نعم في «الفتح» يمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه

ومن رده من مدة سفر وهو مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهماً ....

على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه وإلا فلا، واختلف في الضال فقيل: أخذه أحب وقيل: تركه لأنه ينتظر مولاه في مكانه.

قال في «الفتح»: ومحل الخلاف ما إذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما إذا علمه فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه ورده ثم إن شاء آخذ الآبق أتى به إلى الإمام فيحبسه حفظاً له عن إباقه فإن قدر عليه لم يحتج إلى الإمام ولهذا الاعتبار خيره الحلواني فإن علم صاحبه خير أيضاً بين إمساكه إلى مجيئه وبين ذهابه إليه كما في «البدائع» وإن لم يعلمه وادعاه رجل وبرهن حلفه بالله أنه آبق إلى الآن في ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة كذا في «الذخيرة» وفي أولوية أخذ / [١/٣٤٤] الكفيل والحالة هذه روايتان، نعم لو دفعه إليه بإقرار العبد أخذ كفيلاً هنا رواية واحدة وفي «العناية» لو وصف علامته وحليته دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً وهل يجب على القاضي الدفع أو يخير؟ لم يذكره في «الكتاب» واختلف المشايخ فيه فإن لم يأت له طالب وطالت المدة باعه القاضي وحفظ ثمنه.

وفي «الحواشي اليعقوبية» قالوا: صح للقاضي بيع الآبق ولو علم موضع مالكه وينبغي أن يكون هذا إذا تعذر إيصاله إلى مالكه وخيف تلفه، وقد ذكر في «القنية» أن مال الغائب لا يباع إذا علم مكان الغائب لإمكان إيصاله إليه انتهى. فلو زعم صاحبه أنه دبره أو كاتبه أو استولدها لم يصدق في نقض البيع إلا أن يكون عنده ولد منها، واستشكله في «البحر» بأنه لو باعه بنفسه ثم ادعى ذلك وبرهن قبل كما في استحقاق «فتح القدير» لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها معفو فيحمل ما هنا على ما إذا لم يبرهن فإن جاء ربه لا يدفع إليه الثمن حتى يبرهن أنه ملكه ولو اكتفى بالحيلة جاز.

قال في «الفتح»: وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام لأن دارة النفقة تستأصله ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر انتهى. والمنقول في «التاتارخانية» أن مدة حبسه مقدرة بستة أشهر ثم يبيعه بعدها ولا يؤجر خشية إباقه وفي الضال يؤجره وينفق عليه من أجرته (**ومن رده**) على مولاه من مسيرة سفر (**فله أربعون درهماً**) استحساناً والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط كما إذا رد بهيمة ضالة أو عبداً ضالاً وجه الاستحسان أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا على أصل الجعل وإن اختلفوا في مقداره فأوجبنا الأربعين في مدة السفر وما دونها فيما دونه جمعاً بين الروايات، وعم كلامه ما لو أعتقه المولى لأنه يصير قابضاً بالإعتاق وما لو باعه من الراد لسلامة البدل له.

ولو قيمته أقل منه وإن رده لأقل منها فبحسابه........

وفي «المحيط»: لو دبره ثم هرب من يده فلا جعل له في قول الإمام، وأطلق في الراد فعم الحر والعبد والبالغ والصبي والجعل للمولى كما في «البدائع» وما إذا رده بنفسه أو بنائبه ولو تعدد الراد كان الجعل بين الكل، أو المردود عليه كان الجعل بقدر النصيب فلو غاب البعض ليس للحاضر أخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعاً بالزائد بل يرجع به لأنه مضطر إليه، أو المردود بأن رد أمة مع ولدها الذي قارب الحلم تعدد الجعل فلو كان رضيعاً لم يتعدد كما في «كافي» الحاكم.

لكن في «عقد الفرائد» اتفق الأصحاب أن الصغير الذي يجب الجعل برده في قول محمد هو الذي يعقل الإباق نص عليه في «المحيط» حيث قال: إن الطفل ما لم يعقل الإباق ويميزه لا يكون آبقاً بل ضالاً ثم قال: ومفهوم كونه رضيعاً أنه لو كان غير رضيع وجب الجعلان وينبغي أن يشترط مع الفطام أن يعقل الإباق كما مر عن «المحيط» انتهى.

وفي «التاتارخانية» قالوا: ما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما إذا كان يعقل الإباق فإن لم يعقل كان ضالاً فلا جعل فيه انتهى، وبهذا ظهر أن كونه قارب الحلم ليس قيداً واعلم أنه يستثنى من هذا العموم ما لو رده السلطان أو الشحنة أو الحقير كما في «المبسوط» أو من يعول اليتيم أو الوصي أو من استعان به المولى كما في «الفتح» وغيره أو أحد الزوجين على الآخر أو الولد وإن لم يكن في عياله وأما الأب وباقي الأقارب فإن كانوا في عيال المالك لا تجب وإلا وجب، والعذر للمصنف أنه لم يستوف جميع الأحكام على أنه ما من عام إلا وقد خص (**ولو**) كانت (**قيمته**) أي: العبد (**أقل منها**) يعني يجب أربعون عند أبي يوسف لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها، وقال محمد: يقضى بقيمته إلا درهماً لأن المقصود إحياء ماله فلا بد أن يسلم له شيء تحقيقاً للفائدة، وذكر القدوري وغيره قول الإمام مع محمد، (**وإن ردها لأقل منها فبحسابه**) بأن يقسم الأربعين على الأيام لكل يوم ثلاثة عشر وثلث.

وفي «الينابيع» معزياً إلى «النوازل» قال أبو بكر: لو رده في أقل من ثلاثة أيام ففي قول أصحابنا يستحب أن يرضخ له ولا يجبر عليه وإنما يكون الجعل واجباً إذا كان آبقاً منذ ثلاثة أيام قال الفقيه: ليس هذا قول أصحابنا في الآبق وإنما أجابوا مثل هذا في الضال وأما في الآبق فقالوا: يستحق أن يجعل له على قدر المكان الذي بعث إليه وقولهم: يجعل له ذلك دليل على أنه يجب ويجبر أن يعطيه بحساب ذلك وبه نأخذ انتهى.

وأم الولد والمدبر كالقن وإن أبق من الراد لا يضمن ويشهد أنه أخذه ليرده.............

لكن المذكور في «الأصل» وبه جزم في «الهداية» أنه يرضخ له أي: يعطي عطاء غير كثير ويقدر ذلك/ باصطلاحهما أو يفوض ذلك إلى رأي القاضي يقدره [٣٤٤/ب] بحسب ما يراه، قالوا وهذا هو الأشبه بالاعتبار كذا في «الفتح» وفي «التتارخانية» وهو الصحيح وعليه الفتوى، وإطلاقه يعم ما لو رده في المصر والمذكور في «الأصل» أنه يرضخ له وهو الأصح، وعن الإمام أنه لا شيء له ومقتضى ما في «الكتاب» أنه يستحق بحسابه أيضاً، ولو برهن أحدهما أنه رده من مدة سفر والآخر أنه رده من يومين كان على المولى جعل تام يختص منه الأول بيوم والباقي بينهما.

ولو أقام أحدهما البينة أنه أخذه بالكوفة والآخر أنه أخذه من طريق البصرة على مسيرة يومين اختص الأول بثلث الجعل وكان الباقي بينهما كذا في «المحيط» (**وأم الولد والمدبر**) يجب الجعل في ردهما (**كالقن**) لأنه أحيا ماليتهما له إما باعتبار الرقبة كما في المدبر أو باعتبار الكسب كما في أم الولد عنده وهذا الإطلاق قيده الشارح تبعاً لصاحب «الهداية» بما إذا ردها في حياة المولى أما بعد موته فلا جعل لأن أم الولد تعتق بالموت وكذا المدبر إن خرج من الثلث وإن لم يخرج فكذلك عندهما وعند الإمام هو كالمكاتب ولا جعل فيه انتهى.

وحاصله أن ما في «الكتاب» من أن المدبر مطلقاً كالقن ليس على إطلاقه وما في «البحر» من أن التقييد لا حاجة إليه لأنهما يعتقان بموته ولا شيء في رد الحر مدفوع بما قد سمعته من أن المدبر إذا لم يخرج من الثلث يعتق عنده ولو مات المولى بعد الرد وعليه ديون قدم الجعل على سائر الغرماء وقسم الباقي كما في «البدائع» (**وإن أبق من الراد لا يضمن**) هذا الإطلاق مقيد بما إذا أشهد أو محمول على أنه لم يتمكن من الإشهاد والقول له في ذلك كما في «التاتارخانية» وعلى كل تقدير فهو أمانة في يده ولا ضمانة فيها، وعلى هذا لو مات في يده وعلم من مفهوم قوله أولا من رده إلى آخره أنه لا جعل له لأنه في هذه الحالة لم يرده فلذا لم يذكره.

ومن ثم قالوا: لو أنكر إباقه فلا جعل له إلا أن يبرهن على إباقه أو على إقرار المولى بذلك كما في «الشرح» ولو رده بعد إباقه آخر إن كان الثاني أخذه من المصر فلا جعل له أيضاً (**ويشهد أنه أخذه ليرده**) لأن ترك الإشهاد إشارة أنه أخذ لنفسه فإذا أبق من يده أو مات كان ضامناً ولا جعل له لو رده لأنه يسقط الضمان عن نفسه وهذا عندهما وقال أبو يوسف: الإشهاد ليس بشرط فيستحق الجعل فلا ضمان عليه إذا ادعى أنه أخذه للرد، وأجمعوا أنه لو أقر أنه أخذه لنفسه أو اشتراه من الآخذ أو انتهبه أو أوصى له به أو ورثه لا يستحق الجعل بالرد إلا إذا أشهد عند الشراء أنه إنما اشتراه

وجعل الرهن على المرتهن وأمر نفقته كاللقطة.

ليرده على المالك غير أنه يكون بالثمن متبرعاً، وينبغي أنه لو أشهد عند قبوله الهبة أو الوصية أنه يرجع أيضاً، وقدمنا أنه مقيد بالإمكان (**وجعل الرهن على المرتهن**) لأنه بالرد أحيا ماليته التي هي حق المرتهن ألا ترى أنه بالإباق سقط دينه وبالرد عاد، لا فرق في ذلك بين رده في حياة الراهن أو بعد الموت وهذا الإطلاق قيده في «الهداية» بما إذا كانت قيمته مثل ذلك الدين أو أقل، فإن كانت أكثر قسم الجعل عليهما فما أصاب الدين كان على المرتهن والباقي على الراهن.

قالوا: وجعل المغصوب على الغاصب وينبغي أن لا يرجع به على المالك كما قال بعضهم، والموصى بخدمته لإنسان ورقبته لآخر على صاحب الخدمة في الحال فإذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة ويباع العبد به والموهوب على الموهوب له يعني إذا قبضه.

وفي «المحيط» لو وهبه للآخذ فإن كان قبل قبض المولى فلا جعل وإلا فعلى المولى بخلاف ما إذا باعه منه حيث الجعل له مطلقاً، والجاني خطأ إن اختار المولى الفداء كان عليه وإلا فعلى الأولياء هذا إذا جنى قبل أخذه أما لو جنى في يده خطأ أو عمداً فلا جعل على أحد، والمأذون المديون على من يستقر الملك له فإذا اختار دفعه للغرماء بدأ من ثمنه بالجعل وقسم الباقي بينهم (**وأمر نفقته**) أي: حكمها (**كاللقطة**) لا أنه لقطة حقيقية فإذا أنفق عليه بلا إذن ولي الأمر كان متبرعاً وكذا بإذنه إن لم يشترط الرجوع وله حبسه للنفقة عند حضور المولى فإن طالت المدة باعه القاضي وحفظ ثمنه إلا أنه لا يؤجره على ما مر.

كتاب المفقود

هو غائب لم يدر موضعه وحياته وموته فينصب القاضي من يأخذ حقه............

كتاب المفقود

[١/٣٤٥] وهو المعدوم لغة: يقال فقده فقداً وفقداناً/ وفقوداً عدمه فهو فقيد ومفقوداً، وفي «النهاية» أنه من الأضداد، يقال: فقدت الشي أضللته وفقدته طلبته ولا شك أن المفقود ضل عن أهله وهم في طلبه وأنت خبير بأن الطلب ليس ضد إلا أن يكون إطلاق الضد توسعاً بناء على أن الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه كذا في «الحواشي السعدية»، وشرعاً كما في «الفتح»: غائب لم يدر حياته ولا موته وهو المعني بقول المصنف (**هو غائب لم يدر موضعه**) إذ العلم بالمكان ولو بعد يستلزم العلم بهما غالباً فدخل من أسره العدو (**و**) لم تعلم (**حياته ولا موته**) كما في «المحيط».

وفي «التتارخانية» وإذا فقد المرتد ولم يعلم ألحق بدار الحرب أم لا فإنه يوقف ميراثه كالمفقود وحكمه أنه حي في حق نفسه فلا يورث ولا يزوج نساؤه ما لم يثبت موته ببينة أو يبلغ السن الآتي ميت في حق غيره فلا يرث من أحد، (**ينصب القاضي من**) أي: وكيلاً (**يأخذ**) أي: يقبض (**حقه**) كغلاته وديونه التي أقر بها غرماؤه ويخاصم في دين وجب بعقده بلا خلاف لا فيما وجب بعقد المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عرض في يد رجل ولا في حق من الحقوق إذا جحده من هو عنده أو عليه لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه وإنما هو وكيل من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف فلو قضى القاضي بخصومته كانت قضاء للغائب من غير نائب من قبله وهو لا يجوز وقيل: يجوز عندهما لا عنده كما ذكره الإتقاني عن المختلف في فصل القضاء بالمواريث وكذا لا تسمع الدعوى عليه ولا البينة فيما إذا ادعى إنسان عليه ديناً ونحوه لأنهما إنما يسمعان على خصم وهذا الوكيل ليس خصماً فيكون قضاء على الغائب وهو لا يجوز إلا إذا أراه القاضي أي: جعله رأياً له كما في «الغاية» و«العناية» فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه وعليه الفتوى كما في «الخلاصة».

قيل: ينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر لما أن الخلاف في نفس القضاء وأجيب بالمنع وإنما المجتهد فيه سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا؟ واستشكله الشارح بأن الخلاف في نفس القضاء وإلا لم يتصور في نفسه أبداً وظاهر كلامهم كما قد علمته أن المراد بالقاضي إما المجتهد أو غير

ويحفظ ماله ويقوم عليه وينفق منه على قريبه ولاداً وزوجته ....

الحنفي يرى ذلك، أما الحنفي فكيف يجعله رأياً له ولا رأي له مع اعتقاده مذهب إمامه، (**ويحفظ ماله**) الحاصل في بيته صورة ومعنىٍ أو معنى فقط بأن كان يخاف عليه الفساد فيبيعه لأنه تعذر عليه الحفظ صورة أيضاً كذا في «الشرح».

والمذكور في «الهداية» أن الذي يبيعه إنما هو القاضي وبهذا التقرير اندفع قوله في «البحر» لم يذكر المصنف بيع شيء من ماله ويقوم عليه لأنه نصب ناظراً لكل عاجز عن نفسه والمفقود كذلك فصار كالصبي والمجنون قال في «البحر»: وينبغي أنه إذا كان له وكيل لا ينصب له القاضي لأنه لا ينعزل بفقد موكله لما في «التجنيس» وغيره لو غاب ودفع داره في يد رجل ليعمرها أو دفع ماله ليحفظه وفقد الدافع فله أن يحفظه وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله مات ولا يكون الرجل وصياً انتهى.

وأقول: الظاهر أنه لا يملك قبض ديونه التي أقر بها غرماؤه ولا غلاته وحينئذ فيحتاج إلى النصب وكأن هذا هو السر في إطلاقهم نصب الوكيل والله الموفق. (**وينفق**) المنصوب (**منه**) أي: من المأخوذ ولو وديعة والحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع إليه الفساد (**على قريبه ولاداً**) نصب على التمييز وهم أصوله وإن علوا وفروعه وإن سفلوا ولم يشترط الفقر في الأصول استغناء بما مر في النفقات (**وزوجته**) لأن وجوب النفقة لهؤلاء لا يتوقف على القضاء فكان إعانة لهم بخلاف غير الولاد من الأخ ونحوه فإن وجوبها عليه يتوقف فكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز وهذا الإطلاق مقيد بالدراهم والدنانير والتبر لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإن لم يكن ذلك في ماله احتيج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان وقد علمت أنه على الغائب لا يجوز إلا في الأب فإن له بيع العرض لنفقته استحساناً كما في «المبسوط».

وقدم المصنف في النفقات أن لهؤلاء أخذ النفقة من مودعه ومديونه المقرين بالنكاح والنسب إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فإن ظاهراً لم يشترط أو أحدهما اشترط الإقرار بما خفي هو الصحيح فإن أنكر الوديعة والدين لم ينتصب أحد من هؤلاء خصماً فيه/ والمسألة بفروعها في النفقات. [٣٤٥/ ب]

وفي «التتارخانية» لو فقد المكاتب وترك مالاً إن كان من جنس بدل كتابته وعلم القاضي بوجوب ذلك عليه تؤدى الكتابة، وإن كان خلاف الجنس لا تؤدى، ولو كان المفقود باع خادماً فاستحق من يد المشتري هل يؤديه القاضي من ماله؟ إن كان له مال من جنس الثمن وعلم القاضي بالدين وفى منه وإلا لا، انتهى، وهذا يفيد أن القاضي لو علم بدين عليه هو بدل قرض وكان له مال من جنسه فإنه يوفيه منه والله

ولا يفرّق بينه وبينها وحكم بموته بعد تسعين سنة وتعتد امرأته وورث منه حينئذٍ لا قبله ولا يرث من أحد مات...

الموفق (**ولا يفرق بينه وبينها**) لما أخرجه الدارقطني من حديث المغيرة قال ﷺ: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»[١] وأخرج عبد الرزاق «أن علياً قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتلت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق»[٢] وهذا بيان للبيان في الحديث (**وحكم بموته بعد تسعين سنة**).

اعلم أن ظاهر الرواية عن الإمام أنه لا يحكم بموته إلا بموت أقرانه في السن من أهل بلده وقيل: من جميع البلدان، قال خواهر زاده: والأول أصح، قال السرخسي: وهذا أليق بالفقه لأن نصب المقادير بالرأي لا يجوز غير أن الغالب أن الإنسان لا يعيش بعد أقرانه وأنت خبير بأن التفحص عن موت الأقران غير ممكن أو فيه حرج فعن هذا اختار المشايخ تقديره بالسن ثم اختلفوا فاختار المصنف أنه تسعون وفي «الهداية» وهو الأرفق.

قال في «الكافي»: و«الوجيز» وعليه الفتوى وروى الحسن مائة وعشرين سنة، وعن أبي يوسف مائة وفي «التتارخانية» معزياً إلى «الحاوي» وبه نأخذ وفيها عن «التهذيب» الفتوى على تقديره بثمانين واختار المتأخرون تقديره بستين وهذا الاختلاف إنما نشأ من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا أو مطلقاً، قال في «الفتح»: والأحسن عندي التقدير بسبعين لخبر «أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين»[٣] وقيل: يفوض إلى رأي القاضي فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته، قال الشارح: وهو المختار.

وفي «الينابيع» قيل: يفوض إلى رأي القاضي ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية وفي «القنية» جعل هذا رواية عن الإمام وفي «التتارخانية» ثم طرق موته إما بالبينة أو موت الأقران وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي من في يده المال خصماً عنه أو ينصب عليه قيماً تقبل عليه البينة (**وتعتد امرأته وورث منه حينئذٍ**) أي: حين حكم بموته قيد فيهما ويعتق مدبروه وأمهات أولاده كذلك فلا يرثه إلا من كان من ورثته موجوداً في ذلك الوقت (**لا قبله**) إذ الحكمي معتبر بالحقيقي (**ولا يرث**) المفقود (**من أحد**) من أقاربه (**مات**) أي: قبل الحكم بموته لأن بقاءه حياً باستصحاب الحال

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٣١٢) رقم (٢٥٥).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/٩٠) رقم (١٢٣٣٠).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه (٣٥٥٠)، وابن ماجه في السنن (٤٢٣٦).

ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيئاً وإن انتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل.

وهو إنما يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق على ما عرف وعلى هذا قلنا: بأنه إذا علمت حياته قبل الحكم بموته في وقت من الأوقات يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه لاحتمال أن يكون حياً كما في الحمل فإن ثبتت حياته من وقت موته فيها وإلا رد الموقوف لأجله إلى وارث مورثه الذي وقف من ماله، (**ولو كان مع المفقود وارث يحجب**) أي: الوارث (**به**) أي: بالمفقود (**لم يعط**) أي: الوارث (**شيئاً**) كما إذا مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن فللبنتين النصف والنصف الباقي في يد من كان المال في يده سواء كان في يد أجنبي أو مع البنتين ولا شيء لولد الابن لحجبهم به حيث تصادقوا على الفقد فإن لم يتصادقوا بل قال من في يده المال: إنه مات كان للبنتين الثلثان ويبقى الثلث الباقي في يد من كان المال في يده فإن برهن أولاد الابن على الموت كان لهم الثلث.

وفي «البزازية» لو مات عن ابنين أحدهما مفقود فزعم ورثته حياته والآخر زعم موته لا خصومة بينهما لأن ورثة المفقود اعترفوا أنهم لا حق لهم في التركة فكيف يخاصمون عنه انتهى، (**وإن انتقص حقه**) أي: الوارث (**به**) أي: بالمفقود (**يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي**)، كما إذا تركت زوجاً وأماً وأختاً لأبوين وأخاً كذلك مفقود كان للإمام السدس بتقدير الحياة والربع بتقدير الموت وللزوج النصف بتقدير الحياة وبتقدير الموت الربع وكذا للأخت بتقدير وفاته ولها التسع بتقدير الحياة فيعطى لكل منهم الأقل ويوقف الباقي وهذه المسألة موضعها/ الفرائض ولذا حذفها القدوري هنا. [١/٣٤٦]

وتبعه في «الوافي» و«المجمع» وذكرها المصنف تبعاً لصاحب «الهداية» والله الموفق، (**كالحمل**) أي: كما إذا كان حاجباً للوارث كالإخوة والأخوات والأعمام وبنيهم ولا يعطى الوارث شيئاً وإن كان غير حاجب كما إذا مات عن زوجة وحمل أو ابنين كذلك يعطى الوارث أقل النصيبين في قول أبي يوسف وعليه الفتوى والله الموفق بمنه وكرمه وجوده وإحسانه.

كتاب الشركة

شركة الملك أن يملك اثنان عيناً إرثاً أو شراء وكل أجنبي في قسط..............

كتاب الشركة

ذكرها بعد المفقود لمناسبة خاصة هي أنها قد تتحقق في ماله كما لو مات وله وارث آخر وهي بكسر الشين وإسكان الراء في المعروف ولك فتحها مع كسر الراء وسكونها وشرك ﴿ وما لهم فيهما من شرك ﴾ [سبأ: ٢٢] والجمع أشراك وشركاء وهي لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما سمي العقد بها لأنه سبب لها والإضافة في قولنا شركة العقد بيانية وشرعاً عبارة الاشتراك واختلاط النصيبين وفيه تسامح إذ الاختلاط للمال والشركة هي التي مصدر إنما هي الخلط وبهذا عرف أن ركنها في العقد اللفظ المفيد له وفي العين الاختلاط وبعث ﷺ والناس يتشاركون فقررهم عليها وشرط جوازها كون الواحد قابلاً للشركة وحكمها صيرورة المجتمع من النصيبين مشتركاً وفي شركة العقد صيرورة المعقود عليه أو ما يستفاد به مشتركاً بينهما وهي على نوعين نبه على الأول بقوله (**شركة الملك**) سميت بذلك لحصولها بأسبابه وفائدتها أن كل حاصل منها يكون على قدر المال كما في «السراج».

(**أن يملك اثنان عيناً**) ملكاً جبرياً أو اختيارياً ومثل للأول بقوله (**إرثاً أو**) اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما وللثاني بقوله أي: (**شراء**) ومنه ما لو انتهبا عيناً أو استوليا على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء أو خلطا مالهما بحيث لا يتميز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير أو قبلا وصية بعين لهما ولو اقتصر على قوله أن يملك اثنان لعم الكل إلا أنه يفوته بيان أنها على قسمين كما قد علمت.

وفي «منية المفتي» اشترى شيئاً ثم أشرك فيه آخر فهذا بيع النصف منه وبه عرف أن الملك لا يشترط فيه المعية بل ولو متعاقباً بقي أن التقييد بالعين يخرج الدين مع أن بعضهم عده من شركة الملك فقيل: مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك والحق أنه يملك ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه الدين إلى أحدهما كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول: هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضاً أن يعطيه شيئاً على أنه قضاه وأخر الآخر.

قالوا: والحيلة في اختصاص أحدهما بما أخذه أن يهبه المديون مقدار حصته ويهبه رب الدين حصته (**وكل**) من شريكي الملك (**أجنبي في قسط**) بالكسر هو

صاحبه وشركة العقد أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا ويقبل الآخر..............

الحصة والنصيب كما في «القاموس» **(صاحبه)** وفي بعض النسخ غيره قيل: والأول أولى فلا يجوز أن يتصرف فيه إلا بأمره لعدم تضمنها وكالة قيد بقسط صاحبه لأنه يجوز التصرف في قسطه ببيعه له مطلقاً وأما لغيره فكذلك إلا في صورة الخلط والاختلاط فلا يجوز بيعه إلا بإذنه.

قال في «البحر»: والظاهر أن البيع ليس بقيد بل المراد الإخراج عن الملك بهبة أو وصية أو صدقة أو أمهار أو بدل خلع وأما الانتفاع ففي البيت والخادم والأرض له الانتفاع بالملك على المفتى به حيث كانت الأرض ينفعها الزرع لا إن لم ينفعها انتهى. والذي في قاضي خان أن لشريكه أن يزرع النصف فقط، وفي «القنية» للقاضي أن يأذن بزراعة الملك وفي الدابة لا يركبها بغير إذنه للتفاوت وأما ما ينتفع به في غيره كالحرث ونحوه فله ذلك لعدم التفاوت كما في «عقد الفرائد».

وقالوا: في الأمة تكون عند أحدهما يوماً وعند الآخر يوماً ولو خاف أحدهما من صاحبه وطلب وضعها على يد عدل لا يجاب، وفي المكيل والموزون له أن يعزل حصته بغيبة شريكه ولا شيء عليه إن سلم الباقي وإن هلك كان عليهما وباقي الأحكام في الأشياء المشتركة بيناه مستوفى في «الرسالة المباركة في الأشياء المشتركة» فعليك بها تزداد بها فإنها لمن ابتلي بالإفتاء نافعة وأنوار القبول عليها ساطعة.

(وشركة العقد) جعلها المصنف تبعاً لصاحب «الهداية» مفاوضة وعناناً وتقبلاً ووجوهاً، قال الإتقاني: وفيه نظر لأنه يوهم أن شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة فالأولى / في التقسيم ما ذكره الطحاوي والكرخي وعليه جرى الشارح من أنها على ثلاثة أوجه بالمال والأعمال والوجوه وكل يكون مفاوضة وعناناً **(أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا)** هذا تفسير للإيجاب فيها **(ويقول الآخر: قبلت)** أي: في كذا من المال أو في كذا من التجارات البزازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما مستويان في جميع التجارات ونحو ذلك كذا في «الفتح». [٣٤٦/ ب]

وتخصيص العموم بالمفاوضة والخصوص بالعنان يوهم أن شركة العنان لا تكون عامة مع أنها تكون عامة أيضاً وقد أفصح عن ذلك في «الهداية» حيث قال: كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطه ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاجتماع شرائط العنان إذ هو قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً انتهى نعم العموم في المفاوضة شرط وذكر شيخ الإسلام في شركة المفاوضة أنها تجوز في نوع خاص كذا في «التتارخانية» بقي أن اللفظ المذكور ليس بلازم فيها بل المعنى ولذا لو دفع له

وهي مفاوضة إن تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالاً وتصرفاً وديناً فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ..........................

ألفاً وقال: أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وفعل انعقدت، هذا ويندب الإشهاد عليها (**وهي مفاوضة**) من التفويض أو من الفوض الذي منه فاض المال إذا عم ومعناه المساواة وما قيل أنها مشتقة منها ففيه تسامح ظاهر. قال الأفوه الأودي:

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة إذا جهالهم سادوا

إذا تولى سراة الناس أمرهم ... نمى على ذاك أمر الناس وازدادوا

تهدى الأمور بأهل الرأس ما صلحت ... فإن تولت فبالجهال ينقادوا[1]

ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساويين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات فإنهم إذا كانوا متساويين فتتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل اسم جمع للسرى كذا في «العناية» ومعناه السيد الشريف والمحفوظ في السراة فتح السين، (**إن تضمنت وكالة وكفالة**) بأن عقداها بلفظ المفاوضة وإن لم يعرفا معناها كما في «السراج» لأن هذا اللفظ جعل علماً على إتمام المساواة في الشركة وبه تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى وإلا فلا بد من ذكر تمام معناها بأن كان العاقد يقدر على استيفاء معانيها لأن العبرة في العقود للمعاني، وحينئذ فتستلزم وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتريه لتحقق غرض الشركة وكفالة كل منهما للآخر لتحقق المساواة، وأفاد بقوله: تضمنت أن كلاً منهما ليس قصدياً فاندفع به ما أورد كيف تصح الوكالة بالمجهول وهلا توقفت الكفالة على القبول؟ لأن ذاك فيما قصد منهما على أن الفتوى في الكفالة على الصحة.

قال الشارح: وقوله إن تضمنت وكالة ليس فيه فائدة يمتاز به عن غيرها من أنواع الشركة وفي «البحر» أنه زائد لأن هذا لا يخصها وأنت خبير بأنه لا بدع في ذكر شرط الشيء وإن كان شرطاً لآخر، (**ويتساويا مالاً**) تصح فيه الشركة ولا تضر زيادة ما لا تصح فيه الشركة على ما بينه (**وتصرفاً**) بأن يقدر أحدهما على ما يقدر عليه الآخر.

قال في شرح «الدرر»: وهذا مغن عن قوله (**وديناً**)، وأوضحه في «إيضاح الإصلاح» بأن التساوي في التصرف يستلزم التساوي في الدين وفسر التصرف كالكفالة والوكالة قال: وهذا تصرف دقيق لا يهتدي لأمثاله إلا من له دربة في هذا الفن (**فلا تصح**) مفاوضة وإن صحت عناناً (**بين حر وعبد ولا بين صبي وبالغ**) لعدم المساواة وهذا لأن الحر البالغ يملك التصرف والوكالة ولا يملك المملوك شيئاً منها

---

(١) انظر الديوان (١٠)، والمعجم المفصل في شواهد اللغة العربية (٢/ ٢٢٤).

ومسلم وكافر وما يشتريه كل يقع مشتركاً إلا طعام أهله وكسوتهم وكل دين لزم أحدهما بتجارة........

إلا بإذن المولى كما أن الصبي لا يملك التصرف إلا بإذنه وأما الكفالة فلا يملكها ولو أذنه، وإذا لم تصح بين من ذكر فعدم صحتها بين عبدين ولو مكاتبين وصبيين ولو بالإذن بالأولى وغير خاف أن العبدين وإن كانا أهلاً للكفالة بالإذن إلا أنهما يتفاضلان فيهما لما أنهما يتفاوتان قيمة فلم يتحقق كون كل منهما كفيلاً بجميع ما لزم صاحبه (و) لا بين (**مسلم وكافر**) عندهما وجوزها الثاني مع الكراهة لاستوائهما وكالة وكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما ألا ترى أنها تجوز بين الحنفي والشافعي مع تفاوتهما في التصرف في متروك التسمية عمداً ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن الذمي لو/ اشترى برأس ماله خمراً أو خنزيراً صح بخلاف المسلم [١/٣٤٧] والمساواة بين الحنفي والشافعي ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالاً متقوماً قائم، وولاية الإلزام بالحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد، ولا خلاف في جوازها بينهما عناناً كما في «السراج» وأما بين المسلم والمرتد فلا تجوز في قولهم هكذا ذكر الكرخي وفي «الأصل» قياس قول أبي يوسف أن تجوز عنده كذا في «الفتح».

وفي «المحيط» أنها موقوفة عنده وعندهما تجوز عناناً فقط وفي «السراج» وكذا المرتدان لو تشاركا وإن شارك مرتدة صحت عناناً لا مفاوضة ومقتضى ما مر عن «الأصل» أنها تصح مفاوضة أيضاً على قول أبي يوسف مع الكراهة وفي «التتارخانية» لو ارتد أحدهما بطلت المفاوضة وقالا تصير عناناً وقال قبله: إنها موقوفة عنده والأول يوافق ما مر عن الكرخي والثاني ما عن «المحيط» (**وما يشتريه كل**) أي: كل واحد منهما (**يقع مشتركاً**) بينهما (**إلا طعام أهله**) وإدامهم (**وكسوتهم**) واستئجاره بيتاً للسكنى أو دابة للركوب لحاجة كالحج والأمة التي يطؤها استحساناً لاستثنائه عن المفاوضة ضرورة ولا يتوهم من اختصاصه بذلك أن الثاني لا يكون كفيلاً بالثمن بل يكون كفيلاً ويرجع بما أدى على المشتري كما في «السراج» وغيره.

(**وكل دين لزم أحدهما بتجارة**) كثمن المبيع في البيع الجائز أو قيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره ولو لنفسه ومهر المشتراة الموطوءة إذا استحقت كما في «السراج» وما لزمه بالاستقراض في ظاهر الرواية كما في «المحيط» لا فرق في لزومه بين أن يكون بالبينة أو بالإقرار إلا إذا أقر لمن لا تقبل شهادته كأصوله وفروعه وزوجته ولو في عدة البائن فإنه ينفذ عليه خاصة عنده وقالا: يلزم شريكه أيضاً إلا لعبده ومكاتبه ولا يرد عليه بأدنى تأمل ما لو اشترى من شريكه جارية ليطأها أو طعاماً لأهله فإن البيع صحيح ولا يلزم لأن لزومه إياه يقتضي عدم صحته لأنه يكون مطالباً ومطالباً وكذا لو

وغصب وكفالة لزم الآخر وتبطل إن وهب لأحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة لا العرض ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس.........

اشترى منه شيئاً للتجارة لم يصح (**وغصب**) أراد به ما يشبه التجارة فدخل ضمان الاستهلاك والوديعة وكذا العارية المجحودة أو المستهلكة لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد تملك الأصل فتصير في معنى التجارة (**وكفالة**) بالمال (**لزم الآخر**) عند الإمام خلافاً لهما لأنها مفاوضة انتهى، ولذا لو كانت بغير الأمر أو بالنفس لم يلزمه اتفاقاً.

قيل: ولو قال وكل شيء لكان أولى لأن أحدهما لو أجر عبده أو باعه طولب الآخر بالتسليم قيد بما ذكر لأنه لا يلزمه ما لزم الآخر من المهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والأقارب وأرش الجناية على الآدمي لأن هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه، أما الجناية على الدابة أو الثوب فتلزمه في قول الإمام ومحمد لما أنه يملك المجني عليه بالضمان قاله الحدادي، وفائدة اللزوم أنه لو ادعى على أحدهما والمباشر غائب كان له أن يستحلفه على العلم، (**وبطلت**) أي: المفاوضة (**إن وهب لأحدهما أو ورث**) أو وصل إلى يده ولو بصدقة أو إيصاء (**ما تصح فيه الشركة**) مما سيأتي بيانه، وكذا لو زادت دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانيره قبل الشراء لفوات المساواة بقاء وهي شرط كالابتداء لكنها تصير عناناً (**لا العرض**) لا تبطل بهبة العرض ولا بإرثه لأن التفاوت فيه لا يمنع ابتداء فكذا بقاء وما لم يقبض من الهبة ونحوها كالعرض (**ولا تصح مفاوضة وعنان**) ذكر المال فيهما (**بغير النقدين والتبر**) وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة (**والفلوس**).

وقيدنا بذكر المال لما قدمناه في أول الباب من أنهما يكونان تقبلاً ووجوهاً وكل منهما يصح بلا مال فلزم اعتبار هذا القيد كما في «العناية» وغيرها وإلا فالإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي فلا يصحان بالعرض لأنه إذا باع كل منهما رأس ماله وتفاضلا ثمناً فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك ولا بالمكيل والموزون والعددي المتقارب قبل الخلط بجنسه وأما بعده فكذلك في ظاهر الرواية فيكون المخلوط شركة ملك وهو قول الثاني وقال محمد: شركة عقد، وأثر الخلاف يظهر في استحقاق المشروط من الربح وأجمعوا أنها عند اختلاف الجنس لا تنعقد وجعل التبر كالنقدين رواية كتاب الصرف وجعله في شركة «الأصل» / [٣٤٧/ب] و«الجامع» كالعرض وهو ظاهر المذهب إلا إذا جرى التعامل فينزل منزلة الضرب.

قال في «البحر»: وعليه يحمل ما في «الكتاب» وفيه نظر وأراد بالفلوس

النافقة ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وعقد الشركة صح..............

الرائجة، قيل: هذا قول محمد وعندهما لا يجوز والأصح أنها تجوز عندهما لأنها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده وسكت عن إحضار المال وهو صحيح لأنه لا يشترط إحضاره عند العقد بل عند الشراء، حتى لو دفع لرجل ألفاً وقال له: أخرج مثلها واشتر بهما وبع والحاصل بيننا أنصافاً فبرهن المأمور على أنه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز.

وفي «الذخيرة» دفع إلى آخر ألفاً وقال: اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل الشراء فلا ضمان عليه وهذا شركة، ولو بعد الشراء كان عليهما (**ولو باع كل**) أي: كل واحد منهما (**نصف عرضه**) أي: نصف ماله من العروض (**بنصف عرض الآخر وعقدا بعد ذلك عقد الشركة**) مفاوضة أو عناناً (**يصح**) بيان للحيلة في جواز الشركة بالعروض توسعة على الناس وهذا لأنه بالبيع صار بينهما شركة ملك حتى لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصف الآخر وبالعقد صارت شركة عقد فتجوز إذ المانع من كون رأس المال عرضاً لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة ما لكل منهما عند القسمة وكل منهما منتف وبه اندفع ما قيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وهو قول الكل، عليه تواردت كلمة أهل المذهب وهو الحق وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز أن يكون مضافة إلى حالة بيعهما العروض بالدراهم وعقد الشركة يحتمل الإضافة لكن قال صاحب «الهداية»: وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا يصلح مال الشركة.

قال في «الفتح» تبعاً «للكافي»: وهو مشكل ووجهه كما في «العناية» بأنه لو كان المراد شركة الملك لم يحتج إلى قوله ثم عقد الشركة، قال في «البحر»: ولعله أي: صاحب «الفتح» فهم أن الإشارة عائدة إلى الكل وليس كذلك وإنما هي راجعة إلى البيع فقط.

وأقول: كيف يصح هذا مع قوله لما بينا أن العروض لا يصلح مال الشركة نعم ذكر الأكمل عن شيخه عبد العزيز البخاري وشيخه هو الإمام قوام الدين الكاكي وصرح الكاكي هنا بأنه أخذ عن صاحب «الهداية» ما حاصله أن ما ذكره المصنف تبعاً للقدوري من جواز الشركة اختيار شيخ الإسلام وصاحب «الذخيرة» وشرح الطحاوي واختار شمس الأئمة وصاحب «الهداية» أنه لا يجوز عقد الشركة اتفاقاً وهو أقرب إلى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعاً انتهى.

وعنان إن تضمنت وكالة فقط وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه..........

قال في «الفتح»: ولا يخفى ضعف هذا إذ فسادها بالعروض ليس لذاتها بل للازم الباطل وعلمت أنه منتف وفي «الحواشي السعدية» وكون هذا أقرب إلى الفقه منظور فيه لأن هذه الجهالة لبقاء الجهالة لا تفضي إلى المنازعة وقيد بقوله: نصف عرضه بنصف عرض الآخر ليشمل المفاوضة والعنان نعم قوله بنصف عرض الآخر اتفاقي لما مر.

وفي «المحيط»: اشتركا في طعام لهما شركة خلط وأحدهما أجود جازت وكان الثمن بينهما لأن هذا يشبه البيع حين خلطاه على أنه بينهما وفي موضع آخر نص في هذا الكتاب أنه يقسم الثمن على قيمة الجيد وقيمة الرديء يوم باعا انتهى، والثاني بالقواعد أليق، (و) هي (**عنان**) بوزن كتاب كما في «القاموس» وقيل: بفتح العين من عنان السماء أي: سحابة لأنها علت كالسحاب بصحتها وشهرتها ولذا اتفقوا على صحتها وهي مأخوذة من عنٍ كذا عرض أو ظهر له أن يشاركه في البعض من ماله وقيل: من عنان الفرس لأن كلاً منهما جعل عنان التصرف في ماله لرفيقه وبعضه لنفسه ويجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصراً في حالتي الإرخاء وضده.

قال في «الفتح»: إلا أنه اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا بد منه كما في استحجر الطين وأمثاله يعني: أن اشتقاق اسم المعنى من اسم العين مقصور على السماع وأنت خبير بأن هذا بتقدير تسليمه الظاهر أنه مسموع كيف والذاهب إليه الإمامان الكسائي والأصمعي والواحد منهما حجة في اللغة فكيف بهما، (**إن تضمنت وكالة فقط**) بيان لشرطها وهو أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً/ [٣٤٨/أ] للوكالة ليكون ما يستفاد منه مشتركاً بينهما ونبه بقوله فقط لأنها لا تتضمن كفالة بأن عقداها في نوع من التجارات ولم يذكر الكفالة لاختصاصها بالمفاوضة ومن ثم صحت بين البالغ والصبي أو معتوه يغفل البيع والشراء فلو ذكرنا الكفالة مع توفر باقي شروطها انعقدت مفاوضة وإن لم تكن متوفرة كانت عناناً ثم هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال: تبطل وأن يقال: لا تبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لاعتبار عدمها كما أنها تكون عناناً مع العموم.

قال في «الفتح»: وقد يرجح الأول بأنها كفالة بمجهول فلا تصح إلا ضمناً فإذا لم تكن مما يتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصداً (**وتصح**) شركة العنان (**مع المتساوي في المال دون الربح وعكسه**) وهو التفاضل في المال دون الربح، اعلم أنهما إذا شرطا العمل عليهما وتساويا مالاً وتفاوتا ربحاً جاز عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر

وببعض المال وبخلاف الجنس وعدم خلط وطولب المشتري بالثمن فقط ورجع على شريكه بحصته منه وتبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء...........

والربح بينهما على ما شرطا وإن عمل أحدهما فقط، وإن شرطاه على أحدهما فإن شرطا الربح بينهما بمقدار رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضاً على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما بربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبداً هذا حاصل ما في «العناية» وبقي من الأقسام ما لو شرطا كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأنه حينئذٍ يخرج إلى قرض إن شرط للعامل أو بضاعة إن شرط لرب المال وبهذا عرف أن في كلام المصنف إرسالاً غير واقع.

وفي «الظهيرية» قال أحد الشريكين لصاحبه: لا أعمل معك في الشركة فهذا بمنزلة قوله فاسختك (و) تصح أيضاً (**ببعض المال**) أي: مال كل واحد منهما (**وبخلاف الجنس**) بأن يكون من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير والوصف أيضاً بأن تكون دراهم أحدهما بيضاً والثاني سوداً وإن تفاوتت قيمتها، والربح على ما شرطا لأن لفظها لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه، (**وعدم الخلط**) أي: تصح أيضاً بعدم الخلط للمالين لأن الشركة في الربح مستندة إلى العقد لا المال (**وطولب المشتري**) من شريكي العنان (**بالثمن**) أي: بثمن ما اشتراه لأنه العاقد (**فقط**) أي: دون شريكه الآخر لعدم تضمنها كفالة (**ورجع على شريكه بحصته منه**) معناه إن أدى المال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته كذا في «الهداية» واحترز به عما لو نفد من مال الشركة فإنه لا يرجع وهذا القيد أهمله المصنف كالقدوري للعلم به من قوله: يرجع لظهور أنه لا يكون إلا إذا أداه من مال نفسه.

ولو ادعى بعد الهلاك أنه اشتراه للشركة كان عليه البيان (**وتبطل الشركة بهلاك المالين**) لأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال المعين لتعينه في الشركة كالهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع، (أو) هلاك (**أحدهما**) لأن من بقي ماله لم يشركه صاحبه في ماله ولا يشركه هو أيضاً في ماله بتقدير بقائه فإذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضياً به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته من الاشتراك فيما يستفاد، وغير خاف أن هلاك أحدهما إنما يتصور قبل الخلط سواء هلك في يد صاحبه أو في يد الآخر ويهلك عليه لأنه أمانة في يده أما بعد الخلط فالهلاك عليهما لعدم التمييز والباقي على الشركة وإن هلك الكل بطلت، (**قبل الشراء**) قيد به لأنه لو هلك أحدهما بعد الشراء بالمال الآخر كان المشتري بينهما

وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشتري بينهما ورجع على شريكه بحصته منه وتفسد إن شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح ولكل من شريكي العنان والمفاوضة أن يبضع ويستأجر ويودع ويضارب........................

وقد كشف نقاب هذا المفهوم بقوله: (**وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشترى**) بالفتح (**بينهما**) على ما شرطا لقيام الشركة وقت الشراء لأن الهلاك لم يقع قبله ليبطل فلا يعتبر بهلاك مال الآخر ثم هذه الشركة في المشترى شركة عقد عند محمد فلكل منهما أن يتصرف فيه.

وقال الحسن بن زياد: شركة ملك فلا يصح تصرف أحدهما إلا في نصيبه وظاهر كلام كثير ترجيح قول محمد ويجب أن تكون الواو في قوله: وهلك بمعنى ثم لأنه لو اشترى بماله بعد هلاك مال الآخر لا يكون المشترى مشتركاً بينهما على ما شرط إلا إذا صرحا بالوكالة في عقد الشركة بأن قالا: على ما اشتراه كل منهما بمال هذا يكون مشتركاً.

وفي «المحيط» لو كان لأحد شريكي العنان مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة والآخر ألف واشترط الربح والوضيعة على قدر رأس المال فاشترى صاحب الدراهم/ [٣٤٨/ب] جارية ثم هلك الدنانير فالجارية بينهما وربحها أخماساً ثلاثة أخماس لصاحب الدنانير وخمسان لصاحب الدراهم (**ورجع على شريكه بحصته منه**) أي: من الثمن لأنه وكيل عنه في حصته وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانة، (**وتفسد**) الشركة (**إن شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح**) بأن قال أحدهما: لي مائة من الربح مثلاً والباقي يقسم.

قال ابن المنذر: ولا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم فإن قلت: الشركة كالمضاربة لا تبطل بالشرط الفاسد فكيف بطلت هنا؟ قلت: إنما بطلت لا لأن هذا شرط فاسد بل لأن هذا الشرط تنتفي به الشركة إذ عساه أن لا يخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير مخرج على القرض أو البضاعة، (**ولكل من شريكي العنان والمفاوضة أن يبضع**) أي: يدفع المال بضاعة بأن يشترط الربح كله لرب المال (**ويستأجر**) من يتجر له أو يحفظ له المال (**ويودع**) لأنه استحفاظ بدون أجر إذا جاز بالأجر فبدونه أولى (**ويضارب**) أي: يدفع المال مضاربة وهذا رواية «الأصل» وهو الأصح، وعن الإمام ليس له ذلك لأن فيه نوع شركة.

قلنا: هي غير مقصودة وأما إذا أخذ مالاً مضاربة فإن أخذه ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة وكذا فيما هو من تجارتهما إذا كان بحضرة صاحبه ولو مع غيبته أو مطلقاً كان الربح بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال

ويوكل ويده في المال أمانة..........................

كذا في «المحيط» **(ويوكل)** لأن هذا من توابع التجارة وبقي أن له أن يعير ثوباً أو داراً أو خادماً استحساناً كذا في «كافي» الحاكم، والصحيح من مذهب الإمام ومحمد أن لكل منهما أن يسافر وكذا للمبضع والمودع قاله الحدادي، وكل ما كان لأحدهما إذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله ولهذا لو قال له: اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه كذا في «الفتح».

وفي «السراج»: للمفاوض أن يدفع المال شركة عنان وأن يفاوض بإذن شريكه وله أن يرهن عبداً من المفاوضة بدين عليهما وكذا عليه فقط، وله أن يقر بالرهن والارتهان وله أن يكاتب عبداً وأن يأذن له في التجارة وأن ينهى وكيل شريكه عما وكل فيه إن كان قبل الشراء، وليس للشريك عناناً أن يرهن شيئاً من مال الشركة بدين عليهما إلا أن يكون هو العاقد في موجب الدين أو بإذن شريكه ولا يشارك عناناً إلا بإذنه أيضاً، وإقراره بالرهن والارتهان عند ولايته العقد صحيح، ولا أن يكاتب وليس لأحدهما الإقرار إلا بإذن شريكه إذناً صريحاً فيه هذا كله إذا لم يقل له اعمل برأيك فإن قال: له الشركة والمضاربة والرهن وكل شيء كان من أنواع التجارات إلا القرض والهبة وكل ما كان من التبرعات انتهى. **(ويده)** أي: الشريك **(في المال)** الذي في يده للشركة **(أمانة)** لأنه قبضه بإذنه لا على وجه البدل والوثيقة فيصير كالوديعة فلو ادعى دفعه لشريكه وأنكر حلف وكذا المضارب مع رب المال كما في «البزازية» ولو ادعاه بعد موته.

قال في «البحر»: ظاهر ما في «الولوالجية» من الوكالة يفيد أنه كذلك حيث قال: ادعى الوكيل الدفع في الحياة وأنكر الوارث فإن كان المقصود نفي الضمان عن نفسه كالوكيل بقبض العين فالقول قوله، وإن كان المقصود إيجاب الدين على الميت كالوكيل بقبض الدين لا يقبل قوله، قال في «البحر»: وقد وقعت حادثتان: الأولى نهاه عن البيع نسيئة فباع فأجبت بنفاذه في حصته وتوقفه في حصة شريكه فإذا أجاز قسم الربح بينهما، الثانية نهاه عن الإخراج فخرج ثم ربح فأجبت بأنه غاصب حصة شريكه بالإخراج فينبغي أن لا يكون الربح على الشرط انتهى.

ومقتضاه فساد الشركة وتفرع على كونه أمانة أيضاً ما في «فتاوى» قارئ «الهداية» وقد سئل عن شريك طلب من شريكه أو من عامل في المضاربة حساب ما باعه وأصرفه فقال: لا أعلم هل يلزم بعمل محاسبته؟ فأجاب بأن القول قول الشريك والمضارب في مقدار الربح والخسران مع يمينه ولا يلزمه أن يذكر الأمر مفصلاً والقول قوله في الضياع والرد إلى الشريك انتهى، وعلى هذا الوصي ومتولي الوقف إذا

وتقبل إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الأعمال..................

قالا: لم يبق معنا من مال اليتيم والوقف إلا هذا فينبغي أن لا يلزما بذكر الأمر مفصلاً وقضاة زماننا ليس لهم قصد بالمحاسبة إلا/ الوصول إلى ما يرومونه من ذلك من سحت المحصول ولقد رأيت بعض قضاة الطريق النواب يدعي به على نائبه عند بعض الموالي فلم يلتفت إليه والله تعالى هو الهادي للصواب، **(وتقبل)** عطف على مفاوضته. [٣٤٩/أ]

قال في «البحر»: وظاهره أن التقبل والوجوه غير المفاوضة والعنان وقد قدمنا خلافه، وفي «البزازية» وشركة التقبل والوجوه قد تكون مفاوضة وعناناً فالعنان ما تكون في تجارة خاصة والمفاوضة تكون في التجارات انتهى. والتحقيق أن ما مر من المفاوضة والعنان فيما إذا ذكر المال فيهما وأما إذا لم يذكر فيكونان وجوهاً وتقبلاً كما أشرنا إليه وتسمى أيضاً شركة الصناع والأبدان والأعمال وإنما جاز هذا النوع من الشركة لأن المقصود منها إنما هو تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل يكون بالعمل أيضاً فإذا وكل كل منهما الآخر بقبول العمل كان كل واحد أصيلاً في نصف العمل المتقبل وكيلاً في النصف الآخر فتحققت الشركة في الربح فإن لم يعمل إلا أحدهما كان العامل معيناً شريكه فيما لزمه، ونبه بقوله: **(إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ على)** أنه لا يشترط فيها اتحاد العمل بل ولا المكان أيضاً لأن ما مر من المعنى المجوز لها لا يختلف وفيه إيماء إلى أن المشترك فيه حلال حتى لو اشتركا في حرام لم تصح كما في «البزازية»، وفيها اشتركا على أن يعمل بأداته في بيت هذا والكسب بينهما جاز وكذا سائر الصناعات، ولو من أحدهما أداة القصارة والعمل من الآخر فسدت والربح للعامل وعليه أجر مثل الأداة، ولو اشتركا معلمان لحفظ الصبيان وتعليم الكتابة والقرآن جاز هو المختار، وفي «الخانية» وكذا لو اشتركا في تعليم الفقه يعني بناء على جواز أخذ الأجرة على القربات على ما عليه الفتوى.

وفي «القنية» لو اشتركا في نقل كتب الحاج على أن ما رزق الله فهو بينهما نصفان جاز على **(أن يتقبلا الأعمال)**، نبه بذلك على أنه لو شرط على الصانع أن لا يتقبل لا يجوز لأنه عند السكوت جعل إثباتهما اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي كذا في «المحيط»، وفيه إيماء على أنهما لو اشتركا على أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر جاز كما في «القنية»، لأن من شرط عليه العمل لو تقبل جاز وبه اندفع ما في «البحر» من أن قوله على أن يتقبلا ليس بقيد.

قال: وقوله: خياطان ولو حكما ليشمل ما لو اشتركا في صنعة ولم يحسنهما

ويكون الكسب بينهما وكل عمل يتقبله أحدهما يلزمهما وكسب أحدهما بينهما ووجوه إن اشتركا بلا مال على أن يشتريا..........

أحدهما فإنها صحيحة كما سيأتي ولا حاجة إليه إذ المشترك فيه إنما هو العمل لا خصوص الخياطة، ولذا قالوا: من صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف والقياس أن لا يجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل، ولا بد أن يكون من أحدهما العمل مما يمكن استحقاقه فلا تجوز شركة الدلالين، ولا شركة القراء في القراءة بالزمزمة لأنها غير مستحقة عليهم، ولا شركة السؤال لأن التوكيل بالسؤال غير صحيح كما في «القنية» (**ويكون الكسب بينهما**) على ما شرطا ولو شرطا أكثر الربح لأدناهما عملاً فالأصح الجواز، (**وكل عمل يقبله أحدهما يلزمهما**) حتى كان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بالعمل وللشريك الذي لم يتقبل أن يطالب رب الثوب بالدفع إليه، وهذا ظاهر فيما إذا كانت مفاوضة.

قال في «البحر»: وصورها في «المحيط» أن يعقداها على أن يتقبلا ويضمنا العمل جميعاً على التساوي وأن يتساويا في الربح والوضيعة وأن يكون كل واحد منهما كفيلاً فيما لحقه بسبب الشركة، ويكفي عند استجماع شرائطها أن يعقداها مفاوضة كما مر.

وفي «الخانية»: شرط على الخياط أن يخيطه بنفسه لا يطالب الآخر بحكم الكفالة أما إذا أطلقاها أو قيداها بالعنان فثبوت هذه الأحكام استحسان ووجهه كما في «الهداية» أن هذه الشركة مقتضية للضمان، ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر وبهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل انتهى، ولعل هذا هو السر في حذف المصنف التنصيص على أنها تتضمن وكالة فقط لأنها إنما تتضمنها في غير هذين الأمرين.

قالوا: وفيما سوى هذين الأمرين فهي باقية على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من ثمن صابون مثلاً أو آجر أجيراً أو بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا ببينة لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب للمفاوضة ولم ينصا عليها (**وكسب أحدهما بينهما**)، أما العامل فظاهر، وأما/ [٣٤٩/ ب] غيره سواء كان امتناعه عن العمل لعذر سفر أو لم يكن فلأنه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامناً له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل، ولو شرطا التساوي فيه والتفاضل في الكسب جاز استحساناً وقد مر، ووجوه أن تكون شركة العقد شركة وجوه أيضاً.

(و) فسرها بقوله: (**إن اشتركا بلا مال على أن يشتريا**) حذف المفعول إيماء إلى

بوجوههما ويبيعا وتتضمن الوكالة وإن شرطا مناصفة المشتري أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل.

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء والكسب للعامل...............

أنها تكون عامة وخاصة (**بوجوههما**) أي: بوجاهتهما والجاه مقلوب الوجه وفيه إيماء إلى وجه التسمية وقيل: لأنهما إذا جلسا لتدبير أمر ينظر كل إلى وجه صاحبه وقيل: لأنهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وتكون مفاوضة بأن يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويان في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها كما سلف فيتحقق الوكالة والكفالة في الأثمان والبياعات وإذا أطلقت كانت عناناً.

وفي «البزازية» في توقيتها روايتان وعلى المنع يكون شرطاً فاسداً ومع هذا لا يفسد واعتبرت بالوكالة (**وتتضمن**) شركة الوجوه (**الوكالة**) لأنه بذلك ليتمكن من التحصيل لصاحبه إذ لا ولاية عليه وخصها لأنها تلزمها بخلاف الكفالة فإنها مشروطة بأن تكون مفاوضة كما مر (**وإن شرطا مناصفة المشترى**) بفتح الراء أي: بأن يكون بينهما نصفين (**أو مثالثة**) بأن يكون بينهما أثلاثاً (**فالربح**) يكون (**كذلك وبطل شرط الفضل**) لأن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان وهو على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن بخلاف العنان فإن التفاضل في الربح فيها مع التساوي في المال صحيح لأنها في معنى المضاربة من حيث أن كلاً منهما يعمل في مال صاحبه فالتحقت بها والله الموفق للصواب.

فصل في الشركة الفاسدة

تقديم الصحيحة على الفاسدة غني عن إبداء وجهه (**ولا تصح الشركة في**) نحو (**احتطاب واصطياد واستقاء**) واحتشاش واجتناء ثمار من جبال وطلب معدن من كنوز ونقل طين من أرض مباحة أو جص أو ملح أو كحل وكذا على أن يلبنا أو يطبخا آجراً من طين مباح لأنها تتضمن وكالة والتوكيل في أخذ المباح غير صحيح فإن كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكاً فاشتركا على أن يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز وهو شركة الوجوه كذا في «الخلاصة»، معزياً إلى الشافعي وتبعه البزازي والعيني.

والمذكور في «فتح القدير» أن هذه من شركة الصنائع والأول أظهر (**والكسب للعامل**) وحده لفساد الشركة وقد انفرد بالسبب وهو الأخذ والإحراز حتى لو أخذاه

وعليه أجر مثل ما للآخر والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وإن شرط الفضل وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما.........

معاً ثم خلطاه وباعاه كان الثمن بينهما إن علم ما لكل منهما بالكيل أو الوزن أو القيمة وإلا صدق كل منهما في النصف ولا يصدق فيما زاد إلا ببينة (**وعليه أجر ما**) أي: الذي (**للآخر**) لأنه استوفى منفعة بعقد فاسد وأفاد بما أنه لا فرق بين كون الذي للأخر عمل كما إذا أعانه في القلع والجمع أو آلة كما لو دفع له بغلاً أو رواية يستقي عليها أو شبكة ليصيد بها، وأطلق في الأجرة إيماء إلى أنه يجب بالغاً ما بلغ وهذا قول محمد.

وقال أبو يوسف: لا يجاوز به نصف ثمن ذلك قيل: وتقديمه في «الهداية» قول محمد وكذا تقديمه في «المبسوط» دليل أبي يوسف دليل على أنهم اختاروا قول محمد كذا في «العناية» وقرر الشارح أن هذا الخلاف في كل إجارة فسدت لكن محله ما إذا كان المسمى معلوماً من وجه دون وجه كالنصف والثمن أما إذا كان معلوماً من كل الوجوه فإنه لا يزاد به على المسمى، أو مجهولاً كما إذا جعل الأجر دابة أو ثوباً وجب الأجر بالغاً ما بلغ (**والربح في الشركة الفاسدة**) بسائر أنواعها (**بقدر المال وإن شرط**) أحدهما (**الفضل**) لأنه إنما عدل عن الأصل وهو تبعية للمال عند صحة التسمية ولم تصح فبطل الشرط، ونبه بقوله بقدر المال على أنه لو كان من أحدهما كان للآخر عند فسادها أجر المثل وعلى ذلك تفرع ما في «القنية» له سفينة اشترك مع أربع على أن يعملوا في السفينة وآلاتها والخمس لصاحب السفينة والباقي بينهم بالسوية فسدت والحاصل لرب السفينة وعليه أجر مثلهم.

وفي «المحيط» دفع دابته لرجل ليؤجرها على أن/ الأجر بينهما فالشركة [٣٥٠/أ] فاسدة والأجر لرب الدابة وللآخر أجر مثله وكذلك السفينة ولو ليبيع عليها البز فالربح لرب البز وللآخر أجر مثل الدابة لأن منفعة الدابة لا تصلح مال الشركة كالعروض ولو لأحدهما بغل والآخر بعير فاشتركا على أن الأجرة بينهما لا تصح ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل والبعير، (**وتبطل الشركة بموت أحدهما**) علم به الشريك أو لا (**ولو**) كان الموت (**حكماً**) نصب على التمييز بأن قضى بلحاقه مرتداً فإن لم يقض به توقف انقطاعها إجماعاً فإن عاد قبل الحكم بقيت وإن مات أو قتل انقطعت وهل تنقلب عناناً في حالة التوقف؟ نفاه الإمام وأثبتاه كذا في «الفتح» ملخصاً، هذا وبقي مما تبطل به أمران الأول ما إذا فسخها أحدهما بعلم الآخر وكان المال نقداً فإن كان عروضاً لا رواية في الشركة إنما الرواية في المضاربة من أن الفسخ لا يصح وجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة وظاهر المذهب صحة الفسخ فيها دون المضاربة.

ولم يزك مال الآخر فإن أذن كل وأدّيا معاً ضمنا ولو متعاقباً ضمن الثاني وإن أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا شيء.

وفي «الخلاصة» قال أحد: الشريكين لصاحبه أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا تكون له، ولو قال الوكيل ذلك فسكت فاشتراها تكون له وفرق بينهما بأن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضي أم سخط بخلاف الشريط فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضى صاحبه، قال في «الفتح»: وهذا غلط وقد صحح هو انفراده بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما في «التجنيس» من أن أحدهما لا يملك تغيير موجبها إلا برضى صاحبه، وفي الرضى احتمال يعني: إذا كان ساكتاً والمراد بموجبها وقوع المشتري على اختصاص انتهى.

ولو حمل فرق «الخلاصة» على ما اختاره الطحاوي لكان أولى من نسبته الغلط إليه ووقف في «البحر» بأن المراد بالفسخ الفسخ في خاص وهو المشترى وهذا لا يكفي فيه العلم بخلاف رفع عقدها بالكلية انتهى وأنت خبير بأن تغيير موجبها لا يسمى فسخاً وإنكارها بالفسخ فإنه يكتفى فيه بالعلم وقوله: اعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامناً لقيمة نصيب شريكه، الثاني المجنون فإن مطبقاً انفسخت وما ربح بعد ذلك للعامل غير أنه يتصدق بربح مال المجنون كذا في «التتارخانية».

(**ولم يزك**) أحد الشريكين (**مال الآخر**) بلا إذن لأن الإذن بينهما إنما كان في التجارة والزكاة ليست منها (**فإن أذن كل**) أي: كل واحد منهما لصاحبه بأدائها عنه (**وأديا معاً ضمنا**) أي: ضمن كل لصاحبه (**ولو**) أديا أداء (**متعاقباً ضمن الثاني**) علم بأداء صاحبه أم لا عند الإمام، والأصح عندهما أنه لا يضمن مطلقاً وعلى هذا الوكيل بأدائها أو بأداء الكفارة لهما أنه مأمور بالأداء وقد أتى به وليس في وسعه إيقاعه زكاة أو كفارة لتعلقه بنية الآمر، وله أنه أتى بغير المأمورية إذ هو إسقاط الفرض عنه ولم يسقط به فصار بالدفع مخالفاً وهذا لأنه بأداء الأمر صار معزولاً عزلاً حكمياً وفيه لا يشترط العلم كما مر.

ولو دفع إلى غيره دراهم ليقضي بها ديناً عليه ثم أدى الدافع الدين أو ذبح المأمور دم الإحصار بعد زواله قيل: على الخلاف أيضاً وقيل: عدم الضمان على الاتفاق، (**وإن أذن أحد المتفاوضين**) لشريكه (**بشراء أمة ليطأ**) أي: للوطء (**ففعل**) أي: اشتراها وأدى الثمن من الشركة (**فهي له**) أي: للمأذون له بالشراء (**بلا شيء**) يجب عليه لشريكه عند الإمام وقالا: يرجع عليه بنصف ما أدى لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك كما في شراء الطعام والكسوة، وله أن الجارية دخلت في

....

الشراء على الشركة جرياً على موجب المفاوضة فكان كحال عدم الإذن ثم الإذن له بالوطء يتضمن هبة نصيبه منه إذ لا يحل إلا في الملك ولا يمكن إثباته بالبيع لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى العقد ولا من الشريك بعدم تعيين الثمن فكان هبة، وإن كان شائعاً بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى من الشركة ضرورة فوقع الملك له خاصة وقد أدى الثمن من مال مشترك فيرجع بنصفه.

خاتمة: في اختلافهما من في يده المال لو جحد الشركة فالقول له لأن الآخر يدعي استحقاق ما في يده وهو منكر إلا أن يقيم البينة أنه بينهما مفاوضة، أو زادوا بأن ما في يده من شركتهما أو بينهما نصفان فيقضي للمدعي بنصفه.

ولو أقام ذو اليد بينة أنه ميراث قبلت عند محمد خلافاً لأبي يوسف ولو أقر من في يده المال بالمفاوضة ثم عين إنما في يده إرثاً أو هبة وبرهن على ذلك قبلت أي: اتفاقاً والفرق لأبي يوسف أن ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما ولذا ثبت دعواه/ [٣٥٠/ب] وفي الأداء جاحد مدعى عليه وقد صار مقضياً عليه، وسيأتي في الدعوى ما يؤيد قول الثاني إن شاء تعالى ولو كان ذلك بعد موت أحدهما والمال في يد الحي فادعى الورثة بالمفاوضة ورهنوا على ذلك لم يقض بشيء حتى يقيموا البينة أنه كان في يده في حياة الميت أو أنه من شركتهما ولو كان المال في يد الورثة فأقام الحي بينة على المفاوضة وأقاموها على الإرث لم تقبل بينتهم ويقضى للحي بنصفه، وصحح شمس الأئمة أن هذا قولهم جميعاً.

ولو قالوا: مات جدنا وتركه ميراثاً لأبينا وبرهنوا على ذلك لم يقبل في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد كذا في «الفتح» ملخصاً، لكن المذكور في «الظهيرية»: أنه لو ادعى ذو اليد بعد ما قضى عليه بالنصف شيئاً مما في يده إرثاً أو هبة أو صدقة من جهة غير المدعي فإن كان شهود مدعي المفاوضة شهدوا بها أو أن المال بينهما أو أنه في شركتهما لم تسمع دعواه وإن شهدوا أنه مفاوضة فقط قبلت عند محمد خلافاً لأبي يوسف والله الموفق للصواب.

كتاب الوقف

هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة.........

كتاب الوقف

مناسبته بالشركة باعتبار أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال إلا أنه في الشركة باق على ملك صاحبه وفي الوقف يخرج عنه عند الأكثر وهو والتحبيس والتسبيل بمعنى، وحبست أكثر استعمالاً، مصدر وقفت أقف حبست ومنه الموقف لحبس الناس فيه للحساب وأوقفت لغة رديئة حتى ادعى المازني أنها لم تعرف من كلام العرب

قال الجوهري: وليس في الكلام أوقفت إلا حرفاً واحداً أوقفت على الأمر الذي كنت عليه، ثم اشتهر في الموقوف فقيل هذه الدار وقف ولذا جمع على أوقاف وقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت وإنما حبس أهل الإسلام وفي وقف «المنية» الرباط أفضل من العتق ومعناه شرعاً عند الإمام ما أفاده بقوله: (**وهو حبس العين على**) حكم (**ملك الواقف والتصدق بالمنفعة**) زاد في «الفتح» وتبعه ابن الكمال ليكون التعريف جامعاً أو صرف منفعتها إلى من أحب لأن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة وهو وإن كان لا بد في أخذه من القربة بشرط التأبيد كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق ويمكن أن يجاب: بأن المراد التصدق ولو في الجملة ويدل عليه ما في «المحيط»، لو وقف على الأغنياء لم يجز لأنه ليس بقربة بخلاف ما لو جعل آخره للفقراء فإنه يكون قربة في الجملة انتهى، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية.

وفي «الفتح»: إذا لم يزل ملكه عنده قبل الحكم فلفظ حبس لا معنى له لأن له التصرف فيه متى شاء فلم يحدث الواقف إلا مشيئة التصدق بالمنفعة وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتاً قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئاً وهذا معنى ما في «المبسوط» من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف أي: لا يجيز الأحكام الذي ذكر غيره أنها أحكام الوقف وحينئذٍ فقوله من أخذ بظاهر هذا فقال: الوقف لا يجوز عنده صحيح لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم.

ونظر فيه في «البحر» بأن سلب الفائدة مطلقاً غير صحيح لأنه يصح الحكم به

....

ويحل للفقير أن يأكل منه ويثاب ويتبع شرطه ويصح نصب المتولي عليه وقوله: فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ صحيح غير صحيح، لأنه ظاهره عدم الصحة أصلاً ولم يقل به أحد وإلا لزم أن لا يصح الحكم به، وعندهما هو حبس العين على حكم ملك لله تعالى وسببه كما في «الفتح»، إرادة محبوب النفس في الدنيا ببر الأحياء وفي الآخرة بالتقرب إلى رب الأرباب تعالى وتقدس، ومحله المال المتقوم وشرطه أهلية التبرع من كونه حراً مكلفاً وأن يكون منجزاً غير معلق لما أنه لا يصح تعليقه وأما إضافته فتصح كما في «جامع الفصولين» كقوله: وقفت داري غداً بخلاف إذا جاء غد وغير خاف أن التعليق بالكائن تنجيز فلو قال: إن كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر أنها في ملكه وقت التكلم كانت وقفاً.

وفي «منية المفتي»: ضاع له شيء فقال: إن وجدته فلله علي أن أقف أرضي هذه فوجده فعليه أن يقف على من يجوز دفع الزكاة إليه، فإن وقف على من لا يجوز دفع الزكاة إليه صح الوقف ولا يخرج عن عهدة النذر انتهى. وفي «البزازية» تعليق كل ما لا/ يحلف به لا يصح والوقف مما لا يحلف به فاندفع النذر لأنه مما يحلف به انتهى، وأن يكون محجوراً بسفه أو دين كذا أطلقه الخصاف. [١/٣٥١]

قال في «الفتح»: وينبغي أنه لو وقف السفيه على نفسه ثم جهة لا تنقطع أنه يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم ورده في «البحر» بأنه تبرع وهو ليس من أهله ويمكن أن يجاب عنه بأن عدم أهليته للتبرع يعني على غيره لا على نفسه كما هنا واستحقاق الغير له إنما هو بعد موته، ولو وقف بإذن القاضي على ولده صح عند البلخي خلافاً لأبي القاسم الصفار وإن لم يذكر معه اشتراط بيعه وصرف الثمن إلى حاجته، فإن قال: لم يصح الوقف في المختار كما في «البزازية» وأن لا يذكر فيه خيار شرط معلوماً كان أو مجهولاً عند محمد واختاره هلال.

وقال أبو يوسف: إن كان الوقت معلوماً جاز الوقف والشرط، وقال ابن خالد السمتي الشرط باطل فقط، وأن لا يكون مؤقتاً بشهر أو سنة، وفصل هلال بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل وإلا فلا وظاهر «الخانية» اعتماده وأن يكون مملوكاً حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها لا يكون وقفاً منه، أما لو أجازه المالك جاز وهذا هو وقف الفضولي.

وقالوا لوقف المريض المديون الذي أحاط الدين بماله نقض الوقف وبيع للدين أما الصحيح المديون كذلك فوقفه لازم لا ينقض إن كان قبل الحجر اتفاقاً كذا في

....

- -

«الفتح» يعني حيث توفرت الشروط، وكذا الراهن لو وقف المرهون المسلم وكان معسراً أبطل القاضي الوقف وباعه فيما عليه كما في «الإسعاف»[(١)] ويتفرع على هذا الشرط عدم جواز وقف الإقطاعات إلا إذا كانت الأرض مواتاً أو ملكاً للإمام فأقطعها رجلاً، وأغلب أوقاف الأمراء بمصر إنما هي إقطاعات يجعلونها مشتراة صورة من وكيل بيت المال والله أعلم بحقائق الأحوال، وكذا عدم جواز وقف المرتد زمن ردته إن قتل على ذلك أو مات لأن ملكه يزول بها زوالاً موقوفاً بخلاف المرتدة.

ولو ارتد المسلم بطل وقفه ذكره الخصاف، وأن يكون معلوماً حتى لو وقف شيئاً من أرضه ولم يسمعه لا يصح ولو بين بعد ذلك وكذا لو قال: وقفت هذه الأرض أو هذه، نعم لو وقف جميع حصته من هذه الأرض ولم يسم السهام جاز استحساناً ولو قال: وهو ثلث جميع الدار فإذا هو النصف كان الكل وقفاً كما في «الخانية» وبقي من الشروط أن يكون المحل قابلاً وهو كونه عقار أو منقولاً تبعاً ولو مستقلاً فعن الثاني أنه لا يجوز والصحيح ما عن محمد وهو جواز ما جرى فيه التعارف كالمصاحف والكتب ونحوها وذكر الناطفي عن زفر جواز وقف الدراهم والطعام والمكيل والموزون قيل له: كيف يصنع بالدراهم؟ قال: يدفعها مضاربة وكذلك ببيع المكيل والموزون بالدراهم والدنانير ويدفعها مضاربة ويتصدق بالفضل.

قيل: فعلى هذا ينبغي أن يجوز إذا قال وقفت هذا الكر على أن يقرض لمن لا بذر له من الفقراء فيدفع إليهم للبذر فإذا حصدوا أخذ ودفع لغيرهم كذا في «الإسعاف» ومقتضى ما مر عن محمد عدم جواز ذلك في الأقطار المصرية لعدم تعارفه بالكلية نعم وقف الدراهم أو الدنانير تعورف في الديار الرومية، ومن المنقول البناء وقد ذكر البقالي اختلافاً في جواز وقفه بدون الأرض وعن محمد أن وقفه في أرض الوقف على الجهة التي وقفت عليها الأرض جائز، وذكر الخصاف أن وقف حوانيت الأوقاف يجوز إن كانت الأرض بإجارة في أيدي الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها انتهى، وبه عرف جواز وقف البناء على الأرض المحتكرة، وفي «منية المفتي» حانوت لرجل في أرض وقف فأبى صاحبه أن يستأجر الأرض بأجر المثل فإن كانت العمارة لو رفعت يستأجر بأكثر مما يستأجره فإنه يؤمر برفع العمارة وإلا ترك في يده بذلك الأجر انتهى، وبه عرف حكم الزيادة في الأرض المحتكرة، ومن

---

(١) واسمه الإسعاف في أحكام الأوقاف، للشيخ برهان الدين، إبراهيم بن موسى الطرابلسي الحنفي، المتوفى سنة (٩٢٢هـ). اهـ. كشف الظنون (١/٨٥).

والملك يزول بالقضاء..............................

الشروط أيضاً أن يكون قربة في ذاته وعند المتصرف فلا يصح وقف المسلم والذمي على البيعة أو على فقراء أهل الحرب بخلاف الوقف على فقراء أهل الذمة وفي فقراء المجوسي خلاف حكاه في «القنية».

واختلف الشيخان في اشتراط كونه مفرزاً مسلماً مذكوراً فيه التأبيد أو ما يقوم مقامه خالياً عن اشتراط الواقف الانتفاع بشيء منه قال محمد: لا بد من ذلك، وقال أبو يوسف: لا يشترط شيء من ذلك، / واجتمعوا على اشتراط التأبيد المعنوي نص على ذلك المحققون، وركنه الألفاظ الخاصة كأرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا حيث توفرت الشروط وفي قوله موقوفة فقط لا يصح إلا على قول الثاني ورده هلال بأن الوقف يكون على الغني أيضاً ولم يعين فبطل. [٣٥١/ ب]

لكن قال الشهيد: مشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفتي به أيضاً للعرف فيه اندفع الرد فإن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم كما لو قال: وقفت على الفقراء بخلاف محبوسة أو حبس ولو كان في حبسه مثل هذا يجب أن يكون كموقوفة، ولو قال: للسبيل إن تعارفوه وقفاً مؤبداً كان كذلك وإلا سئل فإن قال: أردت الوقف صار وقفاً لأنه محتمل لفظه أو معنى صدقة كان نذراً يتصدق بها أو بثمنها، ولو لم ينو كانت ميراثاً ذكره في «النوازل» وفيها لو قال: جعلتها وقفاً إن تعارفوه كانت وقفاً وإلا سئل فإن أراد الوقف فهو وقف أو الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لأنه أدنى فإثباته به عند الاحتمال أولى ولم يذكر في هذا أنها تكون ميراثاً، ولو قال: هي صدقة أو تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفاً بل نذراً وحكمه من ولو زاد موقوفة كانت وقفاً لانتفاء احتمال النذر بموقوفه وكذلك حبس صدقة أو صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز، ولو قال: موقوفة لله تعالى كان كقوله صدقة موقوفة، وفي «الإسعاف»: لو قال: موقوفة على وجه الخير أو البر كانت وقفاً على المساكين.

واعلم أن الوقف قد يكون لازماً وهو المنذور كإن قدم ولدي فلله علي أن أقف هذه الدار فقدم فإن وقفها على من لا يجوز دفع الزكاة إليهم جاز في الحكم وبقي نذره وإن على غيرهم سقط وصح النذر به لأن من جنسه واجباً وهو أنه يجب على الإمام أن يتخذ للمسلمين مسجداً من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن بيت مال ولا يكون قربة إلا بالنية من الأهل وإلا فإن كان مباحاً وبهذا عرف صفته وحكمه ما مر في تعريفه، (**والملك**) أي: ملك العين الموقوفة (**يزول**) عن ملك الواقف (**بالقضاء**)

لا إلى مالك ولا يتم حتى يقبض...........................

وطريقه أنه يسلمه إلى المتولي ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي بلزومه فينفذ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه كذا قالوا، والظاهر أن هذا لا يتعين طريقاً على قول أبي يوسف بل لو باعه فشهدوا عليه بالوقفية فحكم بلزومه نفذ وهذا لأن الدعوى فيه غير شرط على الصحيح لأن حكمه التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى.

ولذا قلنا: حتى لو لم يكن له بينة لا يحلف المدعي عليه لعدم صحة الدعوى كذا في «السراج» و«المنية» وليس القضاء به قضاء على الكافة بخلاف العتق حتى لو ادعى إنسان الملك فيه بعد القضاء قبلت بينته ولا تقبل في العتق كذا في «الخلاصة» قيد بالقضاء، لأن حكم المحكم لا يرفع الخلاف في الأصح وللقاضي إبطاله وعلى هذا فما في «الإسعاف» من أن الواقف لو كان مجتهداً يرى لزوم الوقف فأمضى رأيه فيه وعزم على زوال ملكه عنه أو مقلداً فسئل فأفتى بالجواز فقبله وعزم على ذلك لزم الوقف ولا يصح الرجوع فيه وإن تبدل رأي المجتهد أو أفتى المقلد بعدم اللزوم بعد ذلك لظاهر ضعفه وأفاد أنه لو علقه بموته كما إذا مت فقد وقفت داري على كذا أن ملكه لا يزول به.

قال في «الهداية»: وهو الصحيح إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزمه انتهى وإنما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف وهو لا يقبل التعليق بخلاف ما لو قال: إذا مت فاجعلوها وقفاً فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف لنفسه، وفي «الشرح» علق الوقف بموته ثم مات صح ولزم إذا خرج من الثلث لأن الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت باقياً حكماً يتصدق منه دائماً وإن لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال أو يجيز الورثة فإن لم يظهر أو هم لم يجيزوا قسمت الغلة بينهما / أثلاثاً ثلثه للوقف وثلثاه للورثة وفي «الهداية» وقف في مرض موته. [٣٥٢/أ]

قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وباقي تفاريع وقف المريض مذكور في «الإسعاف» والخصاف وأودعنا شيئاً من ذلك في كتابنا «إجابة السائل باختصار أنفع الوسائل» **(ولا يتم الوقف حتى يقبض)** شروع في شروطه الخاصة عند محمد وقد علمت أنها أربعة فإن قلت: هذا مناف لقوله أولاً والملك يزول بالقضاء إذ مفاده أنه يزول بغيره ولو توفرت هذه الشروط كلها قلت: الأولى أن يحمل ما قاله أولاً على بيان مسألة إجماعية هي أن الملك بالقضاء يزول أما

ويفرز ويجعل آخره لجهة لا تنقطع ....

إذا خلا عن القضاء فلا يزول إلا بعد هذه الشروط عند محمد واختاره المصنف تبعاً لعامة المشايخ وعليه الفتوى.

وكثير من المشايخ اختاروا قول أبي يوسف وقالوا: إن عليه الفتوى ولم يرجح أحد قول الإمام وبهذا التقرير اندفع ما في «البحر» كيف مشى أولاً على قول الإمام وثانياً على قول غيره وهذا مما لا ينبغي يعني في المتون الموضوعة للتعليم ولم يقل: للمتولي لأن تسليم كل شيء عنده بما يليق به كما سيأتي في آخر الكتاب وأثر الخلاف يظهر فيما لو عزل الواقف القيم لا ينعزل ولو تولاه بنفسه ليس له ذلك، أو مات وأوصى كانت الولاية للقيم لا للوصي عند محمد خلافاً لأبي يوسف **(ويفرز)** فلا يجوز وقف المشاع وهذا الشرط وإن كان مفرعاً على اشتراط القبض لأن القسمة من تمامه إلا أنه نص عليه إيضاحاً، وأبو يوسف لما لم يشترط التسليم أجاز وقف المشاع والخلاف فيما يقبل القسمة أما ما لا يقبلها كالحمام والبئر والرحى فيجوز اتفاقاً إلا في المسجد والمقبرة لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله.

ولا خلاف أيضاً أن الأرض لو كانت بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها جاز لوجود القبض من الوالي في الكل جملة واحدة، ولو استحق جزء غير معين بطل الوقف في الباقي عند محمد بخلاف ما لو رجع الواهب في البعض لأن الشيوع طارئ، **(ويجعل آخره لجهة)** أي: جهة قربة **(لا تنقطع)** بيان لاشتراط التأبيد فيه وقد قيل: إنه شرط إجماعاً غير أنه عند الثاني لا يشترط ذكره لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه حتى لو وقف على ولده وولد ولده ونسلهم أبداً يصح عنده فإذا انقرضوا كانت للفقراء.

قال في «الهداية»: وهو الصحيح وعند محمد يشترط ذكره فلا يصح وقدمنا أن التأبيد معنى شرط اتفاقاً كما نص عليه المحققون ولو وقف على نسل زيد إن ذكر جماعة بأعيانهم لا يصح عند أبي يوسف أيضاً لأن تعيين الموقوف عليه يمنع إرادة غيره بخلاف ما إذا لم يعين لجعله إياه وقفاً على الفقراء إلا أن يرى أنه فرق بين قوله: أرضي هذه موقوفة وبين قوله: موقوفة على ولدي فصحيح الأول دون الثاني لأن مطلق قوله موقوفة ينصرف إلى الفقراء عرفاً فإذا ذكر الولد صار مقيداً فلا يفيد العرف كذا في «الإسعاف».

وإذا عرف هذا فما في «الأجناس» عن الثاني لو وقف على رجل بعينه فإذا مات رجع الوقف إلى ورثة الواقف وعليه الفتوى علله في «المبسوط» بأن اشتراط العود إلى ورثة الواقف عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فأما عند

وصح وقف العقار ببقره وأكرته..............................

محمد التأبيد شرط فاشتراط عوده يبطل هذا الشرط فيكون مبطلاً للوقف إلا أن يجعل ذلك وصية بعد موته، على أن التأبيد ليس بشرط رواية عنه ضعيفة كما قد علمته والله الموفق.

(**وصح وقف العقار**) وهو الأرض مبنية أو غير مبنية ويدخل البناء تبعاً كذا في «الفتح»، وفي «القاموس»: العقار الضيعة وهو المناسب لقوله: (**ببقره وأكرته**) بفتح الهمزة والكاف عبيده الحراثون كذا في «الفتح» وقيل الأكار الزراع وهو قريب من الثاني وتدخل الأشجار في وقف الأرض وكذا الشرب والطريق استحساناً دون الثمرة القائمة وقته وإن لم تؤكل كالرياحين ولو قال: بحقوقها وجميع ما فيها ومنها إلا أنه يلزمه التصدق بها على وجه النذر استحساناً، ولا يدخل الزرع إلا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل أن كل شجرة تقطع غير داخلة وما لا يقطع في سنة تدخل فيدخل أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ما في / الأرض المملوكة أو طريقة كذا في «الفتح»، وفي [٣٥٢/ب] «منية المفتي»: جعل أرضه مقبرة وفيها أشجار فلورثته أن يقطعوا الأشجار انتهى، قال في «الفتح»: جعلت غلة كرمي وقفاً صار الكرم مع الغلة وقفاً.

فـــرع

إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح دفعها وإن لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها وهو ظاهر في أنها لو لم تكن مشهورة فلا بد من تحديدها، وفي «منية المفتي» وقف ضيعة يذكر حدود المستثنيات من المقابر والطرقات والمساجد والحياض العامة ثم رقم لا بد من ذكر حدودها ثم رقم إن أمكن ثم رقم بأنه لا يصح بدون التحديد.

وفي «الخلاصة» شهدا أنه وقف أرضه ولم يحددها لنا ولكنا لا نعرف أرضه لا تقبل شهادتهما ولو قالا: لا نعرف له غيرها لعل له أرضاً أخرى لا يعلمان بها وفي قوله وأكرته إيماء إلى أن العبيد لا يصح وقفهم إلا تبعاً للعقار وإليه يشير قول صاحب «الهداية» لأنه تبع للأرض في تحصيلها ما هو المقصود فأفاد أنه لو وقف داراً وفيها عبد وجعل العبد تبعاً لها لا يصح وفي «الخلاصة» يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط وإذا صح الوقف كان حكمه حكم الرقيق من أنه لا يجوز بلا إذن.

وظاهر قوله في «البزازية» لو زوج الحاكم جارية الوقف جاز وعبده لا يجوز ولو من أمة الوقف لأنه يلزمه المهر والنفقة يريد أن المتولي ليس له ذلك بالأولى، وأما

ومشاع قضى بجوازه ومنقول فيه تعامل........................

الأمة فالظاهر أنه لا يملكه إلا بإذن الحاكم، ولو جنى فعلى المتولي اختيار الأصلح من الدفع أو الفداء ولو فداه بأكثر من أرش الجناية كان متطوعاً في الزائد، وفي «البزازية»: جناية عبد الوقف في مال الوقف ولو قتل عمداً لا قصاص فيه انتهى بل يجب قيمته يشتري بها المتولي عبداً يصير وقفاً كما لو قتل خطأ ونفقته في مال الوقف وإن لم يشترطها الواقف، ولو مرض إلا إذا قال لعملتهم فيها فلا يعطى المريض، ولو باع العاجز واشترى بثمنه عبداً مكانه جاز كذا في «الإسعاف».

فـــــرع

وقف عقاراً على مسجد ومدرسة هيأ مكاناً لبنائها قبل أن يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها إلى الفقراء إلى أن يبنى فإذا بنيت ردت إليها الغلة أخذاً من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته إلى الفقراء إلى أن يولد لفلان كذا في «الفتح» وينبغي أنه لو وقفه على مدرسة يدرس فيها المدرس مع طلبته فدرس في غيرها لتعذر التدريس فيها أن تصرف العلوفة له دون الفقراء كما هو الواقع في الديار الرومية، (و) صح وقف (**مشاع قضي بجوازه**) لأنه قضى في فصل مجتهد فيه ولو كان حنفياً اعتمد قول أبو يوسف لما علمت من ترجيحه وقد قالوا: إذا كان في المسألة قولان مرجحان جاز القضاء والإفتاء بأحدهما.

(و) صح أيضاً وقف (**منقول فيه تعامل**) للناس خصه لأنه محل الخلاف. اعلم أن وقف المنقول تبعاً جائز وقد مر ومقصوداً كالكراع والسلاح أي الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها كذا في «الهداية»، وفي «المجتبى» المراد به الخيل والحمير والبغال والإبل والثيران التي يحمل عليها والمراد من السلاح ما يستعمل في الحرب ويكون معداً للقتال وما في «الهداية» أولى لقولهم: لا خلاف بين الشيخين في جواز وقف هذين للآثار المشهورة في ذلك والقياس أن لا يجوز لانتفاء التأبيد والأخبار إنما وردت في آلة الجهاد ولا خفاء أن ما عدا الخيل والإبل ليس آلة له عادة وأما ما فيه تعامل فعن محمد جوازه أيضاً كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف لأن القياس قد يترك بالتعامل أيضاً كما في الاستصناع وعليه عامة فقهاء الأمصار وقد مر أنه الصحيح، وبه عرف أن وقف الحمير والبغال والثيران لا يجوز إذ لا أثر في ذلك ولا تعامل واختلفوا في وقف الكتب والفتوى على جوازه كما في «الخانية».

وفي «الخلاصة»: وقف مصحفاً على أهل مسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك الموضع، وذكر في موضع آخر لا

....

يكون مقصوراً على هذا المسجد، وبهذا عرف حكم نقل كتب الأوقاف من محالها للانتفاع بها والفقهاء بذلك مبتلون فإن كان الواقف وقفها على المستحقين في وقفه لا يجوز نقلها ولا سيما إذا كان الناقل ليس منهم وإن على طلبة العلم وجعل مقرها في خزانته التي في مكان كذا ففي جواز النقل تردد.

[٣٥٣/أ] وفي «القنية»: سبّل/ مصحفاً في مسجد بعينه للقراءة ليس له بعد ذلك أن يدفعه إلى آخر من غير أهل تلك المحلة للقراءة يوافق الأول لا ما ذكر في موضع آخر هذا ما ظهر بعد الفحص عن المسألة.

قال في «الفتح»: وقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما قاله محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي «الخلاصة» وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها لأبناء السبيل قال: إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزاً وقدمنا وقف الدراهم والمكيل والموزون ومن الفروع وقف المنقول وقف داراً فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الأهلية وقال الفقيه: وهو كوقف الضيعة مع الثيران، وفي «البزازية» وقف الأكسية على الفقراء جائز وتدفع إلى الفقراء في الشتاء ثم يردونها إلى المتولي بعد الشتاء.

قال في «البحر»: ولم أر من صرح بحكم وقف السفينة ولا شك في دخولها تحت المنقول الذي لا تعامل فيه وقد وقعت حادثة هي أن المستأجر للدار الموقوفة المشتملة على الأشجار المثمرة هل له أن يأكل من أثمارها إذا لم يعلم شرط الواقف فيها؟ والظاهر أنه إذا لم يعلم شرط الواقف ليس له الأكل وإنما يبيعها المتولي ويصرفها في مصالح الواقف وقد يستأنس لذلك بما في «الحاوي» وما غرس في المساجد من الأشجار المثمرة إن غرس للسبيل وهو وقف العامة كان لكل من دخل المسجد من المسلمين أن يأكل منها وإن غرس للمسجد لا يجوز وصرفها إلى مصالح المسجد الأهم فالأهم كسائر الموقوف وكذا إن لم يعلم غرض الغارس انتهى.

فــــــرع

مهم من حوادث الفتاوى: له دار كبيرة فيها بيوت وقف بيتاً منها على عتيقه فلان والباقي على أولاده وذريته ونسله وعقبه ثم على عتقائه، قال: الوقف بعد الأولاد إلى العتقاء هل يدخل من خصه بالبيت في الثاني أم لا؟ حكم بعض الموالي بعدم دخوله تمسكاً بما في «هلال» وقف أرضه وجعل غلتها نصفين النصف منها للفقراء والمساكين والنصف الآخر لقرابته فاحتاج فقراء قرابته لأن الذي سماه لهم لا يكفيهم

ولا يملك الوقف.........................

أنعطيهم مما جعله للفقراء؟ قال: لا لأن الواقف سمى لهم شيئاً معلوماً فلا أزيد عليه وكذلك لو جعل النصف من الغلة لولده والآخر للفقراء فاحتاج ولده لعدم كفاية النصف له لا يعطي من نصف الفقراء وهكذا ذكر الناصحي وحكم المولى الثاني بعده بدخوله تمسكاً بما في «الذخيرة» و«المحيط البرهاني».

لو جعل نصف غلة أرضه لفقراء قرابته والنصف الآخر للمساكين واحتاج فقراء قرابته هل يعطون من نصف المساكين قال هلال: لا وهو قول ابن خالد الشمني وقال إبراهيم بن يوسف وعلي بن أحمد الفارسي وأبو جعفر الهندواني: يعطون في «الخانية» أوصى لرجل بمال وللفقراء بمال والموصى له محتاج هل يعطى له من نصيب الفقراء اختلفوا قال محمد بن مقاتل وخلف بن شداد: يعطى وقال إبراهيم النخعي والحسن بن زياد: لا يعطي والأول أصح انتهى.

وهذا ملخص رسالة كبيرة لمولانا قاضي القضاة علي چلبي وضعها حين نقض حكم مولانا محمد شاه بادرنه وكل منهما رد على صاحبه وقد علمت ما هو المعتمد فاعتمده والله الموفق، **(ولا يملك الوقف)** بعد ما صح بإجماع الفقهاء فلا يباع ولا يوهب ولا يرهن فلو سكنه المرتهن قال بعضهم عليه أجرة المثل وإن لم تكن الدار معتدة للاستغلال وكذا لو سكنه المشتري من المتولي فجاء الثاني وادعى به على المشتري وأبطل القاضي البيع وسلم الدار إلى الثاني كان عليه أجر المثل كذا في «الخانية» وفي «القنية» سكنها ثم بان أنها وقف أو لصغير يجب أجر المثل انتهى.

ولو هدم المشتري البناء فإن شاء القاضي ضمن البائع قيمته أو المشتري فإن ضمن البائع نفذ البيع لا إن ضمن المشتري غير أن المشتري يملك البناء بالضمان ويكون الضمان للوقف لا للموقوف عليهم كذا في «المحيط» وما في «الخلاصة» احتاج الواقف إلى الوقف يرفع الأمر إلى القاضي حتى يفسخ إن لم يكن مسجلاً وفي «القنية» وقف قديم لا تعرف صحته ولا فساده باعه الموقوف عليه لضرورة وقضى القاضي بصحة البيع ينفذ.

قال في «البحر»: محمول على وقف لم يحكم بصحته ولزومه بدليل قوله: لم يكن مسجلاً أي: محكوماً به ومع ذلك الحمل فهو على قول الإمام المرجوح وعلى قولهما المفتى به لا يجوز بيعه قبل الحكم بلزومه ولو قضى بذلك قاضٍ/ حنفي كان باطلاً، وما أفتى به قارئ «الهداية» من صحة الحكم ببيعه قبل الحكم بوقفه فمحمول على أن القاضي مجتهد أو سهواً. [٣٥٣/ ب]

واعلم أن هذا الإطلاق يفيد منع الاستبدال مطلقاً حيث لم يكن ثمة شرط

....

ويوافقه ما في «الخانية» لو كان الوقف مرسلاً لم يذكر فيه شرط الاستبدال لم يكن له أن يبيعها ويستبدل بها وإن كانت أرض الوقف سبخة لا ينتفع بها وفي «الخلاصة» قيم خاف من السلطان أو من وارث يغلب على أرض وقف يبيعها ويتصرف بثمنها.

قال الشهيد: والفتوى على أنه لا يبيع ويوافق هذا قول السرخسي بعد ما ذكر مسألة، وبهذا تبين خطأ من يجوز الاستبدال وقد كان ظهير الدين يفتي بجوازه ثم رجع ونقل صدر الشريعة أن أبا يوسف يجوز الاستبدال بغير شرط إذا ضعفت الأرض عن الريع ونحن لا نفتي به، وقد رأينا فيه من الفساد ما لا يعد ولا يحصى فإن ظلمة القضاة جعلوه حيلة إلى إبطال أوقاف المسلمين وفعلوا ما فعلوا.

وفي «فتح القدير» الاستبدال إن كان لا عن شرط فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضي خان يعني ما لو غصب أرض الوقف غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشترى به أرض أخرى فتكون وقفاً مكانها والثانية أرض الوقف إذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مونتها ويكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى وإن كان لا لذلك بل اتفق إن أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعاً به فينبغي أن لا يجوز لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولعل محل ما في «السير الكبير» من أن استبدال الوقف باطل هذا الاستبدال انتهى، وهذا مما ينبغي اعتماده.

وشرط في «الإسعاف» أن يكون المستبدل قاضي الجنة المفسر بذي العلم والعمل زاد في «البحر» أن يكون البدل عقاراً لا درهم ودنانير لما في فتاوى قارئ «الهداية» حين سئل عن صورة الاستبدال وهل هو قول أبي حنيفة وأصحابه؟ فقال: إذا تعين بأن كان الموقوف لا ينتفع به وثم من يرغب فيه ويعطي بدله أرضاً أو داراً لها ريع يعود نفعه إلى جهة الوقف فالاستبدال في هذه الصورة قول أبي يوسف ومحمد وإن كان للوقف ريع ولكن يرغب إنسان في استبداله إن أعطى مكانه بدلاً أكثر ريعاً منه وفي صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند القاضي أبو يوسف والعمل عليه وإلا فلا انتهى، ورأيت بعض الموالي يميل إلى هذا ويعتمده وأنت خبير بأن المستبدل إذا كان هو قاضي الجنة فالنفس به مطمئنة ولا يخشى الضياع معه ولو بالدراهم والدنانير والله الموفق. وقد أوضحنا المسألة بأكثر من هذا في كتابنا «إجابة السائل باختصار أنفع الوسائل» فعليك به مستغفراً لمؤلفه هذا ولو اشترى هذا المتولي من غلة الوقف مستقلاً كان له بيعه في الصحيح كما في «الخانية».

ولا يقسم وإن وقف على أولاده ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط..........

وأفاد في «القنية» أنه لا يملك الشراء إلا بإذن القاضي **(ولا يقسم)** أي: الموقوف بين مستحقه **(وإن وقفه على أولاده)** لأن حقهم إنما هو في الغلة لا في العين وهذا بالإجماع كما نقله غير واحد، وقد أفصح عن هذا في «القنية» حيث قال: ضيعة موقوفة على الموالي فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة لا قسمة تملك وعلى هذا تفرع ما في الخصاف وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو على ولده ونسله ما تناسلوا فإن انقرضوا تكرى وتوضع غلتها للمساكين ليس لأحدهم إجارتها ولو زادت على قدر حاجة سكناه وله الإعارة لا غير، ولو كانت الأولاد ذكوراً وإناثاً وفي الدار مقاصير كان له أن يسكن بزوجته وهي بزوجها وإن لم يكن فيها ذلك لا يستقيم أن يقسم ولا أن تقع فيها مهايأة، وبهذا يعرف أنه لو سكن بعضهم فلم يجد آخر موضعاً يكفيه لا يستوجب الآخر أجرة حصته على صاحبه بل إن أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج فعل وإلا تركه المتضيق.

وفي «القنية»: أحد الشريكين إذا استعمل الوقف كله بالغلبة بدون إذن الآخر فعليه أجر حصة الشريك سواء كانت وقفاً على سكناهما أو للاستغلال/ [١/٣٥٤] وفي الملك المشترك لا يلزم للآخر على الشريك إذا استعمله كله وإن كان معداً للأجرة وليس للشريك الذي لم يستعمل الوقف أن يقول للآخر أنا أستعمله بقدر ما استعملته لأن المهايأة إنما تكون بعدم الخصومة.

قال في «البحر»: فعلى هذا قول الخصاف لا يستوجب الآخر أجرة معناه قبل السكنى لو طلب أن يجعل عليه شيئاً أما بعد السكنى فالإجارة واجبة، وعندي أن هذا سهو لاختلاف الموضوع وذلك أن ما في «القنية» فيما استعمله بالغلبة وفي «الخصاف» فيما إذا لم يجد الآخر موضعاً يكفيه فتدبره.

في «الإسعاف»: لو قسمه الواقف بين أربابه ليزرع كل واحد منهم نصيبه ويكون المزروع له دون شركائه توقف على رضاهم، ولو فعل أهل الوقف ذلك فيما بينهم جاز ولمن أتى منهم بعد ذلك إبطاله **(ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط)** لثبوته اقتضاء وذلك لأن قصده صرف الغلة أبداً ولا يبقى ذلك إلا بالعمارة، قيد بغلته لأنه لو لم يكن له غلة فإن كان الوقف على قوم لا يحصون لا يؤاخذون بها لعدم تعينهم وإن كان على رجل بعينه أو رجال وبعده للفقراء فهي في ماله ما دام حياً، فإذا مات فمن الغلة، ثم العمارة المستحقة عليهم إنما هي بقدر ما يبقى من الموقوف بها على الصفة التي عليها فأما الزيادة فليست بمستحقة فلا تصرف في العمارة إلا برضاه، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند آخرين تجوز الزيادة والأول أصح.

ولو داراً فعمارته على من له السكنى..

في «الخانية» احتاج الوقف إلى العمارة وثم وجه من وجوه البر لو صرفت الغلة إلى المرمة يفوت إن كان في تأخير المرمة إلى الغلة الثانية ضرر بين صرف الغلة إليها وإلا فإلى ذلك البر كفك الأسارى وإعانة الغازي المنقطع انتهى.

وفي «الذخيرة» لو فرق القيم الغلة على المساكين ولم يمسك للخراج شيئاً فإنه يضمن حصة الخراج لأن مقدار الخراج وما يحتاج إليه الوقف من العمارة والمونة مستثنى عن حق الشراء، فإذا دفع إليهم ذلك ضمن، قال في «البحر»: وينبغي أنه لا رجوع له لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه دفع من مال نفقته كمودع الابن إذا أنفق على الأبوين بغير إذن مالك أو حاكم انتهى.

وأقول: فيه نظر بل ما دام المدفوع قائماً في يده له الرجوع لا ما إذا هلك إذ قصارى الأمر أنه هبة وفيها له الرجوع ما دامت العين قائمة بالتراضي أو بقضاء القاضي إلا لمانع فتدبره. وفي «الفتح» وتقطع الجهات الموقوفة عليها للعمارة إن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فيقطع أيضاً إلا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته وأفاد في «البحر» أن مما يخاف بقطعه الضرر البين الإمام والخطيب فيعطيان المشروط لهما أما المباشر والشاد إذا عملا زمن العمارة فإنما يستحقان بقدر أجرة عملهما لا المشروط.

وأقول: الظاهر أن الإمام والخطيب ليسا قيداً بل المؤذن والوقاد والفراش والملاء كذلك ثم الذي ينبغي أن يراد بالضرر البين الخطيب فقط بشرط أن يتحد في البلد كمكة والمدينة ولم يوجد من يخطب حبسه بإذن الإمام أو نائبه والله الموفق. هذا وأما من يقدم من المستحقين بعد العمارة على غيره فقد بينه في «الحاوي القدسي» حيث قال ما لفظه: والذي يبدأ به من ارتفاع الوقف عمارته شرط الواقف ذلك أم لا ثم ما هو أقرب للعمارة وأعم للمصلحة كالإمام للمسجد والمدرس للمدرسة يصرف إليهم بقدر كفايتهم ثم السراج والبساط هذا إذا لم يكن معيناً فإن كان معيناً على شيء يصرف إليه بعد عمارة البناء ويدخل في الإمام الخطيب لأنه إمام الجمعة وينبغي أن يلحق بهؤلاء المؤذن والميقاتي والناظر وكذلك الشاد والكاتب والجابي زمن العمارة كذا في «الأشباه» وهذا مخالف لمنقول كلامهم كما مر بل الناظر وغيره زمن العمارة إذا عمل كان له أجر مثله كما جرى عليه في «البحر» وهو الحق بقي أن ظاهر ما في «الحاوي» تقديم من ذكر.

ولو شرط الواقف الاستواء عند الضيق، ونازعه بعض الموالي بقول «الحاوي» هذا إذا لم يكن معيناً (**ولو**) كان الموقوف (**داراً فعمارته على من له السكنى**) واحداً

ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها........................

كان أو متعدداً كما علمت لأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته.

وفي «القنية» بنى واحد من أولاد الموقوف عليهم بعض الدار الموقوفة وطين البعض وجصص البعض فطلب الآخر منه حصته ليسكن فيها فمنعه منها حتى يدفع إليه حصة ما أنفق فيها ليس/ له ذلك والتطيين والجص صار تبعاً للوقف وكلام [٣٥٤/ب] المصنف كغيره يعطي أن من له الاستغلال لا عمارة عليه لأنه ليس له السكنى بخلاف من له السكنى.

ولذا قال في «الفتح»: وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما أنه ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال انتهى، ولو سكن الموقوف عليه الدار هل يجب عليه الأجرة؟.

قال في «البحر»: لم أره والذي يظهر أنها إذا احتاجت الترميم وجب فيأخذها المتولي ليعمر بها وإلا فلا لعدم الفائدة، أقول: ولو كان الموقوف عليه متولياً فينبغي أن يجبره القاضي على عمارتها مما وجب عليه من الأجر فإن لم يفعل نصب متولياً يعمرها، وفي «التتارخانية» لو كان الواقف حين شرط الغلة لفلان ما عاش شرط على فلان مرمتها وإصلاحها فيما لا بد لها منه فالوقف جائز مع هذا الشرط، قال في «البحر»: وظاهره أنه يجبر على عمارتها وقياسه أن الموقوف عليه السكنى كذلك.

وأقول: الظاهر أنه لا يجبر على عمارتها وسيأتي قريباً ما يؤيده، (**ولو أبى**) أي: امتنع (**أو عجز**) عن عمارتها (**عمر الحاكم بأجرتها**) أي: أجرها الحاكم منه أو من غيره وعمرها بالأجرة ثم ردها بعد ذلك إليه رعاية للحقين.

قال في «الهداية»: ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد انتهى. وأنت خبير بأن هذا بإطلاقه يشمل ما لو شرط الواقف عليه المرمة لأنها حيث كانت عليه كان في إجباره إتلاف ماله وبهذا اتضح ما مر ودل كلام المصنف أن إجارة الموقوف عليه غير صحيحة علله الشارح بأنه غير ناظر ولا مالك.

ومن ثم قال في «جامع الفصولين» الدعوى من الموقوف عليه غير مسموعة على الصحيح وبه يفتى انتهى، وظاهر أنه لو كان ناظراً ملك الإجارة والدعوى فإن أبى أجرها الحاكم، بقي هل له ولاية الإجارة مع عدم إبائه بحكم الولاية العامة؟ جزم في «الأشباه والنظائر» بأنه ليس له ذلك أخذاً مما أفتى به الشيخ قاسم من أنه لو شرط التقرير لناظر ليس لغيره ولاية ذلك ولو كان قاضياً ويدل عليه ما في «القنية» القاضي

ويصرف نقضه إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه للاحتياج ولا يقسمه بين مستحقي الوقف وإن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه..........................

لا يملك التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه ولو منصوبة وسكت كثير عن حكم العمارة من المتولي أو القاضي.

وفي «المحيط»: فإن أجرها القيم وأنفق الأجرة في العمارة فتلك العمارة المحدثة تكون لصاحب السكنى لأن الأجرة بدل المنفعة وتلك المنفعة كانت مستحقة لصاحب السكنى فكذلك بدل المنفعة تكون له والقيم إنما أجر لأجله انتهى، ومقتضاه أنها تورث عنه لو مات.

قال في «الفتح»: ولو لم يرض بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدي إلى أن تصير نقضاً في الأرض كرماد تسفوه الرياح وخطر لي أنه يخيره القاضي بين أن يعمرها فيستوفي منفعتها وبين الإمام يردها إلى ورثة الواقف، قال في «البحر»: وهو عجيب لأنه لا يستبدلها حينئذ، قال هشام: سمعت محمداً يقول: الوقف إذا صار بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس في ذلك إلا للقاضي ذكره في «الذخيرة»، وأما عوده إلى الواقف أو إلى الورثة فقد قدمنا ضعفه، واعلم أن المسجد إذا خرب وكان في محلة وليس له ريع يعمر منه.

قال في «الفتح»: تجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين (**ويصرف**) الحاكم ومعلوم أن التولي له ذلك أيضاً، وبه صرح في «الحاوي» (**نقضه**) بالضم البناء المنقوض، وعن الثوري أنه بالكسر لا غير كذا في «المغرب» أي: يصرف ما انهدم من بناء الوقف وآلته (**إلى عمارته إن احتاج**) الأمر إليه بأن حضره الموت وكان المنهدم لقلته لا يخل بالانتفاع فيؤخره للاحتياج وإلا فبالانهدام لتحقق الحاجة فلا معنى للشرط حينئذ نبه عليه في «الفتح»، وأغفله في «البحر» وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل كذا في «الهداية» وهو ظاهر في أن بيعه حيث أمكن إعادة عينه لا يجوز وهل يفسد البيع أو يصح مع إثم المتولي؟.

قال في «البحر»: لم أره وينبغي الفساد (**وإلا**) أي: وإن لم يحتج إليه (**حفظه للاحتياج**) هذا إذا لم يخف عليه الضياع فإن خافه باعه وأمسك ثمنه لعمارته عند الحاجة كذا في «الحاوي»، / [١/٣٥٥] (**ولا يقسمه**) أي: النقض (**بين مستحقي الوقف**) لأن حقهم إنما هو في المنافع لا في العين وكذا ينبغي أن لا يقسم أيضاً لو باعه لما قلنا، (**ولو جعل الواقف غلة الوقف لنفسه**) وعرف منه صحة اشتراط بعضها بالأولى ولا فرق

أو جعل الولاية إليه صح ....

بين كونه معيناً كالنصف والربع أو لا كقوله على أن تقضى منه ديوني وما فضل بعد ذلك يكون للفقراء (**وجعل الولاية**) أي: ولاية الوقف (**إليه صح**) أما الأول فهو قول أبي يوسف وعليه الفتوى لما رواه المشايخ «أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل من وقفه»[1] ولا يحل ذلك إلا بالشرط للإجماع على أنه إذا لم يشترط ذلك لا يحل له وإنما الاختلاف مع الشرط فقال أبو يوسف: يحل ومحمد لا يحل قيل: الخلاف مبني على اشتراط التسليم إلى المتولي شرطه محمد فمنع اشتراط الغلة لنفسه لأنه حينئذ لا ينقطع حقه منه وما شرط القبض إلا لينقطع حقه ولم يشترطه أبو يوسف فجوزه وقيل: بل مسألة مبتدأة.

قال في «الفتح»: وهذا أوجه ولو شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء رجح في «الهداية» «والمجتبى» أنه على الخلاف أيضاً ورجح غيره أنه صحيح بالاتفاق وهو المذكور في عامة الكتب والفرق لمحمد بين هذا واشتراط الغلة لنفسه أن حريتهم ثبتت بموته فكيف يكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب؟.

قال الخصاف: ولو شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فلما جاءت الغلة باعها وقبض الثمن ثم مات قبل أن ينفق ذلك يكون لورثته وفرع في «الهداية» على الخلاف ما لو شرط الاستبدال لنفسه جوزه أبو يوسف وأبطل محمد الشرط والصحيح قول أبي يوسف، وأجمعوا أنه لو شرطه في أصل الوقف صح الشرط كذا في «الخانية» بقي ما لو شرط عدمه ويكون الناظر إذا هم به معزولاً بعمله.

قال الطرسوسي: لم أقف عليه وقواعد المذهب تقتضي أن للقاضي ذلك وقد أوضحناه في الإجابة وحذفنا كثيراً من أحكام الوقف من هذا الشرح استغناء بما فيها من الإشباع والله الموفق، وأما الثاني وهو اشتراط الولاية لنفسه فجائز بالإجماع لأن شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص غير أن عند محمد يسلمه ثم تكون له الولاية لأن التسليم شرط عنده وذكر هلال في وقفه فقال: وقال أقوام شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لا تكون له ولاية يعني بعض المشايخ.

قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد لا يقال: كيف يكون هذا قول محمد والتسليم شرط عنده لأنا نقول هذا لا ينافي التسليم لأنه يمكنه أن يسلمه ثم يأخذه منه وذكر في «الهداية» أنه يحتمل أن يسقط التسليم عنده إذا شرط الولاية

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٧٩) وقال: غريب.

....

لنفسه لأن شرطه يراعى كذا في «الشرح» وتعقبه الشيخ قاسم في بعض رسائله بأن دعوى الإجماع لا تصح لأن المنقول أن اشتراطها يفسد الوقف عند محمد كما في «الذخيرة».

وقوله: إن شرط الواقف يراعى كالنصوص مراده أنه يجب العمل به كالنصوص وهو خلاف ما قاله العلماء، قال شيخ الإسلام: قولهم شرط الواقف كنص الشارع أي: في الولاية والفهم لا في وجوب العمل به وقوله غير أن عند محمد ...[1] ممنوع مما نقله في شرح «السير» وغيره أنه بعدما سلمه له ولاية عزله ويستبدل به وقوله يعني بعض المشايخ معرضاً بأن هلال أدرك بعض أصحاب أبي حنيفة مات سنة خمس وأربعين ومائتين والمشايخ بالاصطلاح يقال: على من دونه ثم من الشراح من فسر قول هلال كما ذكر في «الذخيرة» بأن المراد بالولاية ولاية الملك الثابتة قبل الوقف فإن شرطها لنفسه كانت له ولا يصح الوقف كما قال محمد وإن لم يشترط لم يكن له، وعن هذا قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد وبهذا لا يرد الإشكال الذي أورده في «الهداية» ولحظه الشارح وأجاب عنه بقوله لأنا نقول حينئذ على أنه مردود بما قدمناه عن «السير».

ولفظ محمد في «السير» أنه لو دفعه إلى قيم وشرط أنه إن مات القيم قبله فله أن يقيم فيه من أحب جاز الشرط فيراعى بشرط آخر ولم يمنع هذا الشرط إخراجه من يده فتم الحبس ولا يبطل بعوده إلى يده كيد غيره فقول صاحب «الهداية» في حل الإشكال: تأويل هذا فيما إذا سلمه إلى المتولي وقد كان شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعدما سلمه إلى المتولي فيه سقط وهو موت القيم كما قدمته من لفظ محمد والسغناقي لم يقف على لفظ محمد في كتابه ولا في شروح كتابه وما في «النهاية» لا صحة له ولا لتعليله أما الأول فلما/ [٣٥٥/ب] تقدم أن اشتراط الولاية مبطل للحبس وأما الثاني فقد قالوا: إنه ليس كل شرط يراعى انتهى ملخصاً.

وأقول: في «فتاوى قاضي خان» ذكر محمد في «السير» أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك، وأراد شيخ الإسلام تقي الدين بن تيمية الحنبلي فإنه في موضع آخر عزى هذا إلى أبي عبد الله الدمشقي عن شيخه شيخ الإسلام وأبو عبد الله هو ابن مفلح الحنبلي وشيخه هو ابن تيمية وهذا كما ترى لا يلزم أن يكون رأياً للحنفية فالاستدلال به غير قادح وأي مانع من أنه كنص الشارع في وجوب العمل به فإذا شرط عليه أداء خدمة كقراءة أو تدريس وجب عليه إما

---

(١) بياض في الأصل.

وينزع لو خائناً كالوصي وإن شرط أن لا ينزع.

العمل أو الترك لمن يعمل حتى لو لم يترك ينبغي أن لا يتردد في إثمه ولا سيما إذا كانت الخدمة مما يلزم بتركها تعطيل شعيرة من شعائر الإسلام كالأذان ونحوه فتدبره، إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط فليس له ولاية بعد التسليم.

قال: وهذه المسألة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم إلا إن شرط الولاية لنفسه ذكره في «الفتح» وقال: أو لا وبنى على الخلاف أي: في اشتراط التسليم وعدمه ما ذكر من أن الواقف إذا شرط الولاية في عزل القيم والاستبدال لنفسه ولأولاده وأخرجه من يده وسلمه إلى متولٍ فهذا جائز نص عليه في «السير الكبير».

وفي «الإسعاف» ذكر هلال والناطفي في ذكر محمد في «السير» أن الواقف إذا وقف ضيعة له وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط لنفسه انتهى، وهذا كما ترى صريح في أن اشتراطها صحيح بالإجماع وكون الولاية ولاية الملك بعيد جداً وبه عرف أن مسند المنع محمول على ما إذا لم يشترطها لنفسه فلا يصح الاستناد إليه وما ادعاه في قدح المشايخ كصاحب «النهاية»، وتبعه في «العناية» وفي «فتح القدير» وغاية الأمر أن المشايخ اختلفوا في تأويل ما نقل عن محمد والله الموفق.

وما في «الخلاصة» إذا شرط الواقف أن يكون هو المتولي فعند أبي يوسف الوقف والشرط صحيحان وعند محمد الوقف والشرط باطلان يوافق ما حكاه عن «الذخيرة» لكنه محمول على أنه رواية عن محمد، قيد باشتراطه لأنه لو لم يشترطها كان له الولاية أيضاً عند أبي يوسف وهو ظاهر المذهب خلافاً لمحمد بناء على اشتراط التسليم (**وينزع**) المتولي (**لو خائناً**) أي: يجب على الحاكم نزعه إذا كان غير مأمون على الوقف وكذا لو كان عاجزاً نظراً للوقف وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه كذا في «الفتح» وكأنه لأنه قد يصرف مال الوقف فيه فلم يكن مأموناً ونحوه كإن ظهر أنه زان وينبغي أنه لو كان يصرف ماله في الكيمياء أن يعزل أيضاً لما قلنا ومن خيانته امتناعه من العمارة كما في الخصاف ومنها بيعه للوقف بلا مسوغ وظاهر «الذخيرة» أنه لا بد من هدم المشتري البناء حيث قال: فإن باع بعض الوقف لترميم الباقي فالبيع باطل فإن هدم المشتري البناء ينبغي للقاضي عزله لأنه صار خائناً والظاهر الإطلاق لما في «القنية» باع شيئاً منه أو رهنه فهو خيانة (**كالوصي**) أي: كما أنه ينزعه لو خائناً نظراً للصغار (**وإن شرط**) الواقف (**أن لا ينزع**) لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطله ولو كان الواقف نفسه قيد بكونه خائناً لأنه لا ينزع المأمون المشروط له النظر.

فصـــل

ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه وإذا صلى فيه وأحد زال ملكه ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه إلى

قال في «جامع الفصولين»: شرط الواقف أن يكون المتولي من أولاده وأولاد أولاده هل للقاضي أن يولي غيره بلا خيانة ولو ولاه هل يكون متولياً؟ قال شيخ الإسلام برهان الدين في «فوائده»: لا، والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

فصـــل

لما اختص المسجد بأحكام تخالف مطلق الوقف عند الكل فعند الإمام لا يشترط في زوال الملك عنه حكم الحاكم ولا الإيصاء ولا يجوز مشاعاً عند الثاني ولا يشترط فيه التسليم إلى المتولي عند الثالث فصل يفصل على حدة (**من بنى مسجداً**) لله تعالى جرى على الغالب لما سيأتي في الساحة ولم يقل في ملكه استغناء بقوله: (**لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه**) لأنه لا يخلص لله تعالى إلا به.

وفي «القنية» جعل وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه إن شرط معه الطريق صار مسجداً في قولهم جميعاً وإلا فلا عند أبي حنيفة وقالا: يصير مسجداً ويصير الطريق من حقه من غير شرط كما لو أجر أرضه ولم يشترط الطريق انتهى، (**ويأذن/ بالصلاة فيه**) أشار بإطلاقه إلى أنه لا يشترط أن يقول أذنت فيه [١/٣٥٦] بالصلاة جماعة أبداً بل الإطلاق كاف كذا في «البحر». وفي «الخانية»: له ساحة أمر قوماً أن يصلوا فيها بجماعة قالوا: إن أمرهم بالصلاة أبداً أو أمرهم بالصلاة جماعة ولم يذكر الأبد إلا أنه أراد الأبد ثم مات لا يكون ميراثاً عنه وإن أمرهم بالصلاة شهراً أو سنة ثم مات تورث لأنه لا بد من التأبيد والتوقيت ينافيه.

قال في «الفتح»: ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما إذا أطلق وهذا لا يرد على ما قدمناه من أن الإطلاق كاف للفرق بين الإطلاقين وذلك أن الأول أن يقول: أذنت بالصلاة فيه والثاني أن يقول لقوم أذنت أن تصلوا فيه (**وإذا صلى فيه واحد**) ولو كان مميزاً أو أنثى كما هو ظاهر الإطلاق (**زال ملكه**) لأنه لا بد من التسليم عندهما خلافاً لأبي يوسف وقد تعذر القبض فأقيم حصول المقصود مقامه وهو صلاة واحد فيه وهذا لأن قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد، ولو قال المصنف: ويصلي فيه واحد عطفاً على يفرزه وحذف قوله زال ملكه لكان أولى.

وعبارته في «الوافي» بنى مسجداً وأفرزه بطريقه وأذن بالصلاة فيه وصلى زال ملكه أحسن واختلف في صلاة الواقف وحده والأصح أنه لا يكفي إذ لا يكون قابضاً

الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه.......

من نفسه وما جرى عليه المصنف من الاكتفاء بصلاة واحد هو ظاهر الرواية عنهما كما في «الخانية» وروي عنهما أنه لا يزول إلا بالصلاة بجماعة جهراً بأذان وإقامة حتى لو كان سراً بأن كان بلا أذان ولا إقامة لا يصير مسجداً.

قال الشارح: وهذه الرواية هي الصحيحة لأن المساجد تبنى لإقامة الصلاة بالجماعة فلا يصير مسجداً قبل حصول هذا المقصود ولو اتحد الإمام والمؤذن وصلى فيه بأذان وإقامة صار مسجداً اتفاقاً وإذ قد عرفت أن الصلاة فيه أقيمت مقام التسليم علمت أنه بالتسليم إلى المتولي يكون مسجداً دونها وهذا هو الأصح كما في «الشرح» وغيره، وفي «الفتح» وهو الأوجه لأن بالتسليم إليه يحصل تمام التسليم إليه تعالى وكذا لو سلمه إلى القاضي أو نائبه كما في «الإسعاف»، وقيل: لا يصير مسجداً، واختاره السرخسي وبه اندفع ما في «البحر» أن مفاد ما في «الكتاب» حيث اشترط الصلاة فيه أن لا يكون مسجداً.

واعلم أن الوقف إنما احتيج في لزومه إلى القضاء عند الإمام لأن لفظه لا ينبئ عن الإخراج عن الملك بل على الاتفاقية لتحصيل الغلة على ملكه فيتصدق بها بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه لا ينبئ عن ذلك ليحتاج إلى القضاء بزواله فإذا أذن بالصلاة فيه وصلى فيه قضى العرف بزواله عن ملكه ومقتضى هذا أنه لا يحتاج إلى قوله: وقفته ونحوه وهو كذلك وأنه لو قال: وقفته مسجداً ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد أنه لا يصير مسجداً بلا حكم وهو بعيد كذا في «الفتح» ملخصا، ولقائل أن يقول: إذا قال: جعلته مسجداً فالعرف قاض وماض بزواله عن ملكه أيضاً غير متوقف على القضاء وهذا هو الذي لا ينبغي أن يتردد فيه.

فـــــرع

أراد أهل المحلة نقض المسجد وبناءه أحكم من الأول إن لم يكن الباني من أهل المحلة ليس لهم ذلك وإن كان من أهل المحلة لهم ذلك كذا في «البزازية» (**ومن جعل مسجداً تحته سرداب**) جمعه سراديب وهو بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره كذا في «الفتح» وشرط في «المصباح» أن يكون ضيقاً، (**أو فوقه بيت وجعل بابه**) أي: المسجد (**إلى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول**) فيه (**فله بيعه ويورث عنه**) في ظاهر المذهب أما إذا كان العلو مسجداً فلأن أرض العلو لصاحب السفل.

وأما إذا كان السفل مسجداً فلأن لصاحب العلو حقاً في السفل حتى كان له أن

....

يمنعه من أن يحدث بناء وما رهنه بغير إذنه اتفاقاً فلم يكن خالصاً لله تعالى وشأن المسجد أن يكون خالصاً، قال الله تعالى: ﴿وإن المساجد لله﴾ [الجن: ١٨] ومعلوم أن كل الأشياء له فكأن فائدة الإضافة اختصاصه به سبحانه وتعالى وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو هنا منتف ومن ثم قلنا: لو كان السرداب أو العلو موقوفاً لصالح المسجد جاز إذ لا ملك فيه لأحد فهو كسرداب بيت القدس كذا في «الفتح»، وبه عرف أن الواقف لو بنى بيتاً للإمام فوق المسجد لا يضر في كونه مسجداً لأنه من المصالح، وأما لو تمت المسجدية ثم أراد هدم ذلك البناء فإنه لا يمكن من ذلك.

ولو قال: عنيت ذلك لا يصدق كما في «التتارخانية» وأما إذا اتخذ وسط داره مسجداً/ فلأن ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع من الدخول وشرط المسجد أن لا يكون لأحد فيه حق المنع ولأنه أبقى الطريق لنفسه وهذا يقتضي أنه لو شرط الطريق فيه كان مسجداً وبه صرح الشارح وغيره والله الموفق. [٣٥٦/ب]

تتمة: سكت عن المسجد إذا خرب وليس له ما يعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء غيره أو لخراب البلدة أو لم يخرب لكن استغني عنه لخراب القرية وانتقل أهلها وقد قال محمد: يعود إلى ملك الباني أو إلى ورثته، وقال أبو يوسف وجمهور العلماء: لا يعود وهو مسجد أبداً إلى قيام الساعة، ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر سواء كان يصلون فيه أو لا وعليه أكثر المشايخ كما في «المجتبى»، وفي «الفتح» وهو الأوجه. قال في «الحاوي القدسي»: وعليه الفتوى، أما القنديل والحصير من مذهبه أنه لا يعود أيضاً إلى ملك متخذه بل يحول إلى مسجد آخر أو يبيعه القيم للمسجد وعلى هذا الخلاف لو انهدم الموقوف وليس له ما يعمر به وكذا حانوت احترق في سوق وصار بحالة لا ينتفع به ولم يستأجر بشيء البتة وكذا حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به.

قال في «الفتح»: وقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه وادعى في «البحر» أن النظر وقع موقعه لأن الفتوى على قول أبي يوسف في المسجد فكذا ما ابتني عليه ومحمد يقول بجواز الاستبدال عند الخراب فكيف ينقل عنه القول ببطلان الوقفية ولقد رجع في «الفتح» إلى الحق حيث قال: وفي «الظهيرية» سئل الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها؟ قال: نعم، وروى هشام عن محمد إذا صار الوقف لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره، وعلى هذا فينبغي أن لا

ومن بنى سقاية أو خاناً أو رباطاً أو مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم..........

يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطيله أو خرابه بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشترى بثمنه وقف يستغل ولو كانت غلته دون غلة الأول انتهى.

وأقول: ما ادعاه من التدافع بين كلام محمد غير واقع لأن بيعه إنما هو رواية هشام عن محمد وعدم جواز البيع هو المذكور في «السير الكبير» وعليه تفريع عوده إلى ملك الواقف أو ورثته فلا تدافع نعم المعمول به ما رواه هشام كما مر عن «الظهيرية» والله الموفق.

فـــرع

من حوادث الفتوى أرصد الإمام قطعة أرض على ساقية ليصرف خراجها في كلفة إدارتها فاستغنى عنها لخراب البلدة فنقلها وكيل الإمام إلى ساقية هي ملك هل يصح هذا النقل؟ أجاب بعض الشافعية بأن الإرصاد على الملك إرصاد على المالك يعني فيصح وهذا لم أره في كلام علمائنا إلا أنه في «الخلاصة» قال: المسجد إذا خرب أو الحوض إذا خرب ولم يحتج إليه لتفرق الناس عنه صرفت أوقافه في مسجد آخر أو حوض آخر انتهى، وعلى هذا فيلزم المرصد عليه أن يديرها لسقي الدواب وتسييل الماء كما كانت ولا يتوهم من كونه إرصاداً على المالك أنه لا يلزم ذلك فتدبر.

(**ومن بنى سقاية**) للمسلمين (**أو خاناً**) يسكنه بنو السبيل (**أو رباطاً أو مقبرة لم يزل ملكه عنه**) الإمام (**حتى يحكم به حاكم**) أو يضيفه إلى ما بعد الموت فيلزم بعده وله الرجوع قبله وعند أبي يوسف يزول بمجرد القول كما هو أصله وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعند محمد حتى يسلمه بأن يستقي الناس من الساقية والبئر أو الحوض أو شربت منه دابة أو سكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة والواحد يكفي لتعذر الكل ولو سلم إلى المتولي صح التسليم.

وفي هذه قال في «الإسعاف»: هذا في الخان والسقاية الذي ينزل فيه ويشرب كل يوم أما الخان الذي ينزل فيه الحاج أو الغزاة كل سنة والسقاية التي يحتاج إلى صب الماء فيها فلا بد فيها من التسليم إلى المتولي لاحتياجهما إلى من يقوم بمصالحهما، ثم لا فرق في الانتفاع في هذه الأشياء بين الغني والفقير بخلاف الغلة حيث يختص بها الفقير لأن الغني لا يستصحب هذه الأشياء عادة فكان محتاجاً إليها كالفقير أما الغلة فهي مستغن بماله عنها لأنها صدقة وعلى هذا لو وقف الغلة على الحاج أو القراءة أو طلبة العلم اختص به الفقراء كذا في «المحيط».

وإن جعل شيء من الطريق مسجداً صح كعكسه.

[١/٣٥٧] **(وإن جعل شيء)** أي: جعل الباني شيئاً **(من الطريق مسجداً)** لضيقه/ ولم يضر بأصحاب الطريق **(صح)** أي: جاز هكذا روي عن الإمام ومحمد لأن الطريق للمسلمين والمسجد لهم، ولو كان بجنبه أرض لرجل وقد ضاق تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً، ولو كانت الأرض وقفاً على المسجد جاز بأمر القاضي كذا في «الخانية» وفيها أذن السلطان لقوم أن يجعلوا أرضاً من أراضي البلدة حوانيت موقوفة على المسجد وأمروا أن يزيدوا في مسجدهم.

قالوا: إن كانت البلدة فتحت عنوة وذلك لا يضر بالمادة والناس ينفذ أمر السلطان فيها، وإن كانت فتحت صلحاً لا ينفذ لأنها في الأول تصير ملكاً للغانمين وفي الثاني تبقي على ملك مالكها **(كعكسه)** أي: كما يجوز عكسه وهو ما إذا جعل في المسجد ممراً لتعارف أهل الأمصار في الجوامع فيجوز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر لا الجنب والحائض والنفساء وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب كذا في «الشرح».

خاتمة: في المتولي وغيره: اعلم أنه إما أن يكون بالشرط أو بغيره ويشترط في الكل العقل والبلوغ. قال في «الإسعاف»: أوصى لصبي بطل مطلقاً قياساً وفي الاستحسان هي باطلة ما دام صغيراً فإذا كبر تكون الولاية له وحكم من لم يخلق من أولاده ونسله في الولاية كحكم الصغير قياساً واستحساناً، وأفاد أنه لا يشترط فيه أن يكون حراً ولا مسلماً حيث قال: ولو كان ولده عبداً يجوز قياساً واستحساناً والذمي في الحكم كالعبد فلو أخرجهما القاضي ثم أعتق العبد وأسلم الذمي لا تعود الولاية إليهما انتهى. وفيه نصب الواقف عند موته وصياً ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً تكون ولاية الوقف إلى الوصي، ولو جعله وصياً في أمر الوقف فقط كان وصياً في الأشياء كلها عندهما خلافاً لأبي يوسف، وليس لأحد الناظرين التصرف بدون رأي الآخر، وعلى قياس أبي يوسف يجوز.

ولو نصب متولياً على وقفه ثم وقف آخر ولم يجعل له متولياً لا يكون الأول متولياً الثاني إلا أن يقول: أنت وصيي، ولو جعل ولاية وقفه لرجل ثم جعل آخر وصية يكون شريكاً للمتولي إلا أن يقول: أوقفت أرضي على كذا وكذا وجعلت ولايتها إلى فلان وجعلت فلاناً وصيي في تركاتي وجميع أموري فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض إليه.

قال في «البحر»: ومنه يعلم جواب حادثة وجد مكتوباً وقف وفي أحدهما أن المتولي فلان والآخر أنه غيره والثاني متأخر التاريخ فأجيب بأنهما يشتركان ولا يكون الثاني ناسخاً لأن التولية تخالف سائر الشرائط لما أنه له التغيير والتبديل فيها من غير

....

شرط على قول الثاني وأما باقي الشرائط فلا بد من ذكرها في أصل الوقف ولو شرطها لأفضل أولاده وقد استووا في الفضل كانت لأسنهم كما في «الإسعاف».

والمذكور في «الظهيرية» أن الأوفر علماً بأمور الوقف أولى بعد أن تؤمن خيانته وغائلته وهو الأولى، وقدمنا أنه لو عزله بغير جنحة لم ينعزل ومن ثم ذكر الخصاف أن الحاكم لو أخرج قيماً فمات أو عزل فادعى المخرج عند الثاني أن الأول أخرجه بلا جنحة لا يدخله لأن أمره محمول على السداد ولكن يكلفه أن يثبت عنده أنه أهل للنظر فإن فعل أعاده وكذا لو أخرجه لفسقه أو خيانة فإن تاب إلى الله وأقام بينة عند المخرج أنه صار أهلاً وجب عليه أن يرده واستشكله في «البحر» بأنه كيف يعيد الطالب مع قولهم: طالب التولية لا يولى وأجاب بأنه محمول على طلبها ابتداء جمعاً بين كلامهم.

وأقول: الحق أن ما في الخصاف في المشروط له التولية بدليل قوله: وجب عليه أن يعيده وقولهم طالب التولية لا يولى في غيره وبه عرف أن المشروط له النظر لو طلب من القاضي تقريره فيه أجابه لأنه إنما يريد التقيد لا أصل التولية لأنه مولى وهذا فقه حسن فاحفظه، وأما بغيره وهو منصوب القاضي كما إذا مات الواقف ولم يجعل الولاية لأحد أو مات المشروط له بعد الواقف ولم يوص إلى أحد فإنه ينصب متولياً ولا يجعله من الأجانب إلا إذا لم يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك لأنه أشفق ومن قصده نسبة الوقف إليهم.

قال في «الفتح»: والصالح للنظر من لم يسأل الولاية ولم يكن له فسق ظاهر ثم قال: وينعزل الناظر بالجنون المطبق إذا دام سنة فإذا عاد إليه عقله عاد إليه النظر انتهى، والظاهر هذا في المشروط له النظر أما منصوب القاضي فلا، وقد علمت أنه يعزل لو خائناً، قال في «القنية»: أو يضم إليه انتهى، وهو المسمى بالناظر حسبة في عرفنا أي: من غير معلوم، وفي آخر أوقاف الخصاف أما الإخراج فلا ينبغي إلا بخيانة وأما إذا أدخل معه رجلاً فالأجر له فإن رأى أن يجعل له شيئاً من هذا المال فلا بأس به وهل له أن/ يتصرف؟ قال المشايخ: ليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف بلا وظيفة له الحفظ لا غير. [٣٥٧/ب]

قال في «الفتح»: وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف الشرف، بقي هل للأصيل أن يستقل بالتصرف دونه؟ لم أر المسألة في كلامهم إلا أنني رأيت الشيخ الأخ تغمده الله تعالى برحمته أفتى بأنه إن ضم إليه الخيانة لا يستقل وإلا كان له ذلك وهو حسن وذلك أنه قد يضمه لشك أو ارتياب في أمانته ولو نصب القاضي قيماً آخر لا ينعزل والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

كتاب البيوع

هو مبادلة المال بالمال بالتراضي.......................................

كتاب البيع

لما فرغ من حقوق الله تعالى التي هي العبادات والعقوبات والكفارات شرع في المعاملات التي هي حقوق العباد ثم في تقديم بعض الأبواب على بعض مناسبات مرت ووقع في آخرها ترتيب أقسام حقوق العباد وهو الوقف على البيع لأنه إذا صح خرج عن ملك الواقف لا إلى مالك وفي البيع إلى مالك فنزل منزلة البسيط من المركب وهو مقدم في الوجود فقدم في التعليم، قال في «الفتح»: ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فإن ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات انتهى. وكان النكاح أولى بالذكر من اللقيط ونحوه، وهو لغة مقابلة شيء بشيء قيل: هذا التعريف يدخل فيه السلام وإطلاق البيع عليه أبعد من البعيد.

قال في «القاموس»: باعه يبيعه بيعاً ومبيعاً والقياس بياعاً إذا باعه وإذا اشتراه ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع غير أن المتبادر عند الإطلاق هو باذل السلعة، وقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع، قال في «المغرب»: والأصل فيه مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان وإطلاقه على العقد مجاز لأنه سبب التمليك والمحذوف من مبيع الواو عند سيبويه لزيادتها، وقال الأخفش: هو العين والتوجيه لكل معروف في محله.

قال المازني: كلاهما حسن وقول الأخفش أقيس ونبه على معناه الشرعي بقوله: **(هو مبادلة المال)** أي: تمليك المال كما في «الدراية» **(بالمال بالتراضي)** هذا القيد زيد شرعاً كما قال فخر الإسلام والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه يستدل به بالتراضي وأن الأخذ غصباً أو إعطاء شيء من غير تراض لا تقول فيه أهل اللغة باعه كذا في «الفتح» وهذا الحد بيع من كل وجه انتهى، وهذا كالصريح في أنهم أرادوا تعريف البيع المركب من الإيجاب والقبول وهو العقد لا قسيم الشراء وهو الذي يشتق منه لمن صدر عنه لفظ بائع وبه ظهر أن قوله في «الحواشي السعدية» لا يخفى عليك أن تفسيره بالمبادلة المذكور تسامح والمراد ما هو مبدؤها التام فلا يرد النقض بالشراء على أن الباء الداخلة على المال هي بالعوض والمقايضة انتهى، إنما يحتاج إليه بناء على أن المراد به قسيم الشراء لا العقد فتدبره.

....

زاد في «العناية» على طريق الاكتساب وفسرها في شرح «الدرر» بالتجارة ورده في «الحواشي السعدية» بأنها هي المبادلة كما صرح بذلك في مأذون «الهداية» فيكون المعنى المبادلة المذكورة على طريق المبادلة بل هي طلب الربح فخرج بذلك الهبة بشرط العوض والتبرع من الجانبين ولا يخفى أن الهبة بشرط العوض والتبرع خالية عن المبادلة ابتداء أما انتهاء فمسلم ولا يضرنا، وكل من التبرع عين هبة مستقلة من كل جانب فلا مبادلة وكان هذا هو السر في حذف أهل التحقيق هذا القيد.

واعلم أن التقييد بالتراضي اقتداء بالآية وبه خرج بيع المكره ولولاه لكان الحذف أولى كما في «الوقاية» لشمول التعريف للفاسد بسائر أنواعه كما لو باع درهماً بمثله واتحدا وزناً وصفة وقد صرح بفساده في «الذخيرة» إذ غاية الأمر أن بيع المكره فاسد فما باله خصه بالإخراج مع أن حكمه إنما ذكر في الإكراه لكن عدم ذكره لا يستدعي إخراجه من التعريف إذ الصرف أيضاً غير مذكور فيه لإفراده بكتاب مع شمول التعريف له وعرف من هذا أن الرضا ليس جزء مفهومه شرعاً وإلا لكان بيع المكره باطلاً، بلا شرط لثبوت حكمه وهذا لأن لفظ بعت ليس علة لثبوت الرضا بل إمارة عليه فيتحقق ولا رضا وشرط في العاقد التمييز والولاية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة أو غير ذلك فلم ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل أما بيع الصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع وأثره فمنعقد، والتعدد فلم ينعقد بالوكيل من الجانبين إلا في الأب والقاضي والوصي فإنه إذا اشترى أحدهم مال اليتيم من نفسه أو باعه منه صح وكذلك العبد يشتري نفسه من مولاه بأمره وشرط في الوصي النفع الظاهر بأن اشترى منه ما يساوي عشرة بخمسة عشر أو بيع خمسة عشر بعشر والظاهر أن العبرة في / القيمة لوقت العقد حتى لو زادت بعده لا ينتقض شراؤه ولا يشترط هذا في الأب كما في وصايا «الخانية» وسماع كل منهما كلام الآخر. [٣٥٨/أ]

ولو ادعى أحدهما عدمه مع سماع أهل المجلس لا يصدق حيث لا وقر في أذنه، وما في «القنية» لا يجوز أن يناديه من بعيد أو من وراء جدار محمول على ما إذا لم يسمع كلامه ولذا رقم بعده رجل في البئر قال للذي في السطح: بعت منك بكذا فقال: اشتريت صح إن كان كل واحد منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعيد ثم رقم تعاقد البيع وبينهما النهر المردخاني يصح، قلت: وإن كان نهراً عظيماً تجري فيه السفن؟ قال الشيخ: وقد تقرر أي: في أمثال هذه الصور إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه يمنع وإلا فلا، وفي العقد

....

موافقة الإيجاب للقبول فإن قبل المشتري غير ما أوجبه البائع أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد لتفرق الصفقة إلا في الشفعة كما سيأتي.

وفي المبيع كونه مالاً متقوماً شرعاً مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال كذا في «الفتح» فخرج بالمال الحر وبالمتقوم الخمر والخنزير في حق المسلم، قيل: التقوم إنما هو شرط في البيع الصحيح والكلام فيما يعم الفاسد أيضاً والحق أن من شرط التراضي فإنما أراد الصحيح ومن حذفه أراد ما يعم الفاسد وبالقدرة بيع الآبق على الظاهر زاد في «البحر» وأن يكون مملوكاً في نفسه موجوداً ليخرج بيع الكلأ ولو في أرضه وبيع المعدوم وقد يستغنى عن الثاني بكونه مقدور التسليم وههنا فرعان في «القنية» الأول: ما يؤخذ من البياع على وجه الجر كالعدس والملح والزيت ونحوها لو اشتراها بعدما انعدمت صح، والثاني: شراء التذاكر التي يكتبها الديوان على العمال لا يصح، قيل له: أئمة بخارى جوزوا بيع خطوط الأئمة، قال: لأن مال الوقف قائم ولا كذلك ثمة قال في «البحر»: والفرع الأول خرج عن القاعدة فيجوز بيع المعدوم هنا ويستفاد من الثاني أنه يجوز للمستحق بيع خبزه قبل قبضه انتهى.

وأقول: الظاهر أن ما في «القنية» ضعيف لاتفاق كلمتهم على أن بيع المعدوم لا يصح وكذا غير المملوك والمانع من أن يكون المأخوذ من العدس ونحوه بيعاً بالتعاطي ولا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن لأنه معلوم كما سيأتي وخط الإمام لا يملك قبل القبض فأنى يصح بيعه؟ ولكن على ما ذكر مما قبله ابن وهبان في كتاب الشرب ما في «القنية» إذا كان مخالفاً للقواعد لا التفات إليه بما لم يعضده نقل من غيره، وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم لله تعالى على وجه جميل وحكمه الملك وهو القدرة على التصرف شرعاً فلا ينقض التعريف بتصرف المشتري في المبيع قبل قبضه فإنه ممتنع مع الملك وكذا لو وطئ بعدم الاستبراء في الأمة إذ لا يلزم من العجز الغير المشروع العجز عن المشروع ولما كان الملك هو المقصود من شرعية البيع اقتصروا عليه وإن ترتب عليه غيره من عتق القريب ووجوب الشفعة وملك المنفعة في الجارية والخيارات ضمناً كذا في «العناية» وهو ظاهر في أنه شرعاً قيد في التصرف وفيه بحث، أما أولاً فلأنه لو أطلق التصرف وجعل قيداً للقدرة لا ينتقض التعريف أيضاً والجواب أن الأصل في لام التعريف إذا لم يكن ثمة مفهوم هو الحمل على الاستغراق عند الجمهور، وأما ثانياً فلأن هذه القدرة قد توجد في صورة الإباحة ألا ترى أنا نقدر على الشرب من المباح والتوضؤ منه وإحرازه في الإناء فالتعريف غير مانع فلا بد من اعتبار قيد بوصف الاعتبار على ما اعتبره الإمام النسفي كذا في

ويلزم بإيجاب وقبول ....

«الحواشي السعدية»، وأنت خبير بأن الحمل على الاستغراق يدفع هذا لامتناع التصرف فيه بنحو بيع قبل الإحراز فتدبره.

(ويلزم) أي: البيع **(بإيجاب وقبول)** أي: بسببهما عدل عن قول القدوري البيع ينعقد بالإيجاب والقبول لأن ظاهره يفيد أنهما غيره مع أنهما عينه، ولذا قال في «الفتح»: المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وإنما قلنا هذا لأنه لو قال: ينعقد بالإيجاب والقبول لجعلهما غيره مع أن البيع ليس إلا الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكمياً فيجعل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثراً له بذلك المعنى هو البيع فالمراد بذلك المعنى المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء لا أن البيع مجرد ذاك المعنى الشرعي والإيجاب والقبول آلة له كما توهمه/ البعض لأن كونهما أركاناً ينافي ذلك فإن قلت: كيف [٣٥٨/ ب] قال في «الفتح» البيع ليس إلا الإيجاب والقبول انتهى مع أنه الربط أيضاً؟ قلت: كونه استغنى عنه بذكر القبول إذ لا يكون قبولاً شرعاً بدونه.

ثم قال في «الفتح»: لكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس إلا نفس حكمه لا معنى له إلا ذلك الحكم وما قبل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لأنه هو الذي ثبت به قدرة التصرف عند وجود الفعلين أعني الشرطين بوضعهما سبباً شرعياً له وليس هناك شيء ثالث انتهى.

وفي «الحواشي السعدية» إما أن يراد بالبيع مجموع الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعي بينهما كما هو الظاهر أو الارتباط فقط أو ما بقوله البائع حال العقد وعلى التقدير الأول ينبغي أن يكون ينعقد بمعنى يحصل على طريق ذكر المقيد وإرادة المطلق أو بمعنى يحصل الانعقاد به ويجعل من قبيل وصف الكل بحال بعض أجزائه، وعلى الثاني يتعين الأول وعلى الثالث يكون المعنى أن قول البائع حين قصده إنشاء البيع إنما يرتبط بكلام المشتري ويحصل منهما معنى شرعي إذا كان كل منهما بلفظ الماضي، وقول الشراح الانعقاد هنا بمعنى تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره يلائم المعنى الثالث أن لا يظهر العائد إلى المبتدأ في الجملة المجعولة خبراً على المعنيين كما لا يخفى انتهى، وإنما كان على الأول من ذكر المقيد وإرادة المطلق لأن المحصول إنما يكون في جزأين وليس مراداً وعلى الثاني من قبيل وصف الكل بحال بعض أجزائه لأن الذي يحصل الانعقاد به إنما هو الربط ولا شك أنه جزء وهذا المقام يحتاج إلى تدبر في الكلام، ونبه بقوله

....

يلزم إلى أنه ليس لأحدهما بعد القبول خيار المجلس وأنه لا يحتاج تمام العقد إلى إجازة البائع بعد ذلك وبه قال العامة وهو الصحيح خلافاً لمن قال يحتاج كما في «الذخيرة» وإلى أنه لو أقر بالبيع كاذباً لم ينعقد كما في «الصيرفية» وبهذا عرف أن الضمير في يلزم يعود على البيع الذي هو العقد لا أن المراد حكم البيع كما توهمه في «البحر»، ثم الإيجاب اللفظ الصادر أولاً والقبول هو الصادر ثانياً ويرد على التعريفين ما لو خرجا معاً فإنه صحيح كما في «التتارخانية»، وعلى الأول ما لو تعدد الإيجاب فإن القبول يكون إلى الإيجاب الثاني ويكون بيعاً بالثمن الأول وفي الطلاق والإعتاق على مال إذا قبل بعدهما لزمه المالان ولا يبطل الثاني الأول كما في «جامع الفصولين».

وفي قوله: لا يبطل الثاني الأول هو الأولى في التحقيق ومن ثم قلنا: لو تعددا وكان الثاني بأزيد أو بأنقص من الأول انفسخ الأول، واختلف فيما إذا كان فاسداً ومقتضى النظر أن الأول لا ينفسخ، فإن قلت: لم لا يجوز أن يكون الثاني تأكيداً والإيجاب هو للأول؟ قلت: لأنه فاصل بينه وبين القبول وعلى هذا فلو قال المشتري: قبلت بالإيجاب الأول ينبغي أن لا يتردد في عدم صحة البيع هذا ويشترط لصحة الإيجاب أن لا يقترن بما يبطله فلو وهبه الثمن قبل القبول بطل، وقيل: لا ويكون إبراء أما الإيجاب بلا ثمن نفياً فغير صحيح وإنكاره بعد الإقرار به لا يبطله أما إنكار القبول.

ففي «البزازية» وغيرها ادعى أنه باع من هذا بألف فأنكر الشراء ثم عاد في المجلس أو بعده إلى تصديق البائع فالأصل أن كل عقد يكون الحق فيه لهما كالبيع والنكاح فعود المنكر إلى التصديق قبل تصديق الآخر المنكر في الإنكار يبطل الإنكار وكل عقد يكون الحق فيه لأحدهما كالهبة والصدقة والإقرار لا ينفعه التصديق بعد الإنكار انتهى، وبه عرف جواب مسألة أوردها بعض المولى على شيخنا الأخ وكنت حاضراً أن زيداً قال لعمر: قتلت ابنك فكذبه ثم صدقه أيقبل منه ذلك؟ فتوقف رحمه الله تعالى وقد علمت أنه لا يقبل منه التصديق لكن في «عقد الفرائد» معزياً إلى «جامع الفتاوى» قال: أنا عبدك، فرده المقر له ثم عاد إلى التصديق فهو عبد ولا يبطل الإقرار بالرق والرد انتهى.

واعلم أنه في «فتح القدير» خالف القوم فعرف القبول بأنه الفعل الصادر ثانياً قال: وإنما قلنا: الفعل لأنه أعم منه ومن القول لأن من فروعهم ما لو قال: كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلالاً والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها

....

بمائة والبسه بكذا رضي بالبيع وكذا إذا قال: بعتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه / قبولاً بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن ففي [٣٥٩/أ] جعل مسألة القبض بعد قوله بعتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر.

قال في «البحر»: ولا حاجة إليه وما ذكره إنما هو من باب القبول يقوم مقامه فعل ولذا قال في «الخانية»: يقوم القبض مقام القبول ويشترط لصحة القبول حياة الموجب فلو مات قبله بطل، قال في «البحر»: إلا في مسألة في «الخانية» أوصى ببيع داره من رجل فقال: داري بيع منه بألف درهم، ومات فقبل الموصى له بعد موته جاز.

وأقول: هذا سهو ظاهر منشؤه فهم أن المراد جاز البيع وليس كذلك بل جاز قبول الوصية وعلى الوصي أن يبيعه بإيجاب وقبول، ثم رأيت المسألة ولله الحمد في شفعة «المحيط» طبق ما فهمت حيث قال: أوصى بأن تباع داره من رجل بألف درهم فقبل الموصى له بعد موته وحيث الشفعة وإن لم يقبضها لأن الوصية بشرط العوض وأنها لا تفيد الملك إلا بعد القبض وهذا إذا أوجب الوارث أو الوصي البيع بعد موته وقبل الموصى له انتهى.

ومن الشروط أيضاً أن تكون قبل رجوع الموجب وعليه تفرع ما في «الخانية» بعتك هذا بألف ثم قال لآخر: بعتك نصفه بخمسمائة، قال أبو يوسف: يصح قبول الثاني ولا يصح قبول الأول بعد رجوع البائع عن النصف انتهى.

ولو خرج الرجوع مع القبول معاً كان الرجوع أولى لأنه لم يتم البيع كذا في «السراج»، وأن يكون قبل تغيير المبيع ومن ثم قال في «الخانية»: لو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب أو ولدت أو تخمر العصير ثم صار خلاً لم يصح قبول المشتري، والظاهر أن التقييد بأخذ الأرش اتفاقي وأن يكون قبل رد المخاطب الإيجاب فلو قال: بعتك بألف، فقال: لا أقبل بل بخمسمائة، ثم قال: أخذت بألف.

قال أبو يوسف: إن دفعه إليه فهو رضى وإلا فلا ولم يقيد الإيجاب والقبول بالمضي لأنه ينعقد بالمضارع لكن بالنية في الأصح وقيده في «القنية» بما إذا لم يكن أهل البلد يستعملونه للحال فإن كان كذلك كأهل خوارزم لا يحتاج إليها انتهى، وظاهر أن كلامهم فيما يحتمل الحال والاستقبال أما ما تمحض للحال كأبيعك الآن فلا يحتاج إليها أيضاً وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين أو سوف أو الأمر فلا ينعقد به إلا إذا دل المعنى على الأمر المذكور كخذه بكذا وقال:

وبتعاط.......................

أخذته فإنه كالماضي إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بالوضع وهذا بطريق الاقتضاء.

قال في «الفتح»: وها هنا ثمانية مواضع البيع والإقالة لا يكتفى بالأمر فيهما عن الإيجاب أما الخلع والنكاح والهبة والكفالة والإبراء والثامنة ما لو قال لعبده اشتر نفسك مني بألف فقال: فعلت فيقع الأمر فيها إيجاباً انتهى، وصور الخلع في «الصيرفية» بما إذا قالت: اخلعني على كذا فقال: قد فعلت أما إذا قالت: اخلعني فقال: خلعتك على كذا لا يقع ما لم تقبل، والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ويصح الرجوع من الكاتب والمرسل قبل الوصول سواء علم الآخر أو لم يعلم.

وفي وكالة «الخلاصة» لا يصح عزل الرسول بدون علمه فكأنهم فرقوا بين الرجوع والعزل، (و) يلزم أيضاً (**بتعاط**) وهو التناول كما في «القاموس» لأن جواز البيع باعتبار الرضى لا بصورة اللفظ وقد وجد في التعاطي حتى لو صرح معه بعدم الرضا لم ينعقد به كما في «الخانية» و«القنية» ولا بد أيضاً أن لا يكون بعد عقد فاسد أو باطل فإن كان لم ينعقد به قبل المتاركة لأنه بناء على السابق صرح في «الخلاصة» وغيرها وإطلاقه يفيد أنه لا فرق فيه بين الخسيس والنفيس وهو الصحيح خلافاً للكرخي.

وفي «الحاوي القدسي» المشهور من الرواية كما قال الكرخي، وفي رواية محمد لا فرق بينهما وهذا أصح والنفيس نصاب السرقة والخسيس ما دونه، وهل قبض البدلين شرط فيه أو أحدهما كاف؟ خلاف أفتى الحلواني بالأولى وفي «البزازية» وهو المختار.

وفي «العمادية»: قال صاحب «المحيط»: وهو المختار عندي، واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن أما إذا دفع الثمن وحده ولم يقبض المبيع لا يجوز إلا إذا كان بيع مقايضة، والصحيح أن قبض أحدهما كاف لنص محمد على أنه يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم/ الثمن والمبيع وقوله في «الجامع»: إن [٣٥٩/ب] تسليم المبيع يكفي لا ينبغي الآخر، وفي «المنتقى» عليه ألف درهم فقال لرب الدين أعطيك مالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفعها إليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعاً جاز كذا في «الفتح».

وأقول: هذا يفيد أن التعاطي يكون في الصرف أيضاً ويدل عليه ما في

وأي قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب........................

«التتارخانية» اشترى عبداً بألف درهم على أن المشتري بالخيار فأعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع فعلى قول أبي حنيفة الصرف جائز ويرد الدراهم وعلى قول أبي يوسف باطل وهي فائدة حسنة ولم أر من نبه عليها، ومن صور التعاطي أيضاً ما لو جاء المودع بأمة غير المودعة قائلاً: هذه أمتك والبائع يعلم أنها غيرها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللأمة وكذا لو ردها عليه بخيار عيب والبائع متيقن أنها غيرها فأخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي، وعن أبي يوسف لو قال للخياط: ليست هذه بطانتي فحلف أنها هي وسعه أخذها كذا في «الفتح».

وفي «البزازية» الإقالة تنعقد بالتعاطي أيضاً من أحد الجانبين على الصحيح كالبيع وفي «العمادية» تنعقد الإجارة أيضاً بالتعاطي فقد ذكر محمد في إجارات «الأصل» لو استأجر قدوراً بغير أعيانها لا يجوز للتفاوت فإن جاء بقدور وقبلها منه على الكراء الأول جاز ويكون هذا إجارة مبتدأة بالتعاطي **(وأي)** يعني: وأي واحد من المتعاقدين **(قام عن المجلس)** أي: مجلس البيع **(قبل القبول بطل الإيجاب)** بيان لاشتراط المجلس لصحة الإيجاب وهذا لأن للموجب أياً كان له أن يرجع قبل قبول الثاني الآخر لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر، وللآخر أن يقبل ما بقي المجلس وإن لم يقبل حتى اختلف لم ينعقد، واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر كأكل إلا إذا كان لقمة وشربة إلا إذا كان الإناء في يده، ونوم إلا أن يكونا جالسين، وصلاة إلا إتمام فريضة أو شفع نفلاً، أو كلام ولو لحاجة ومشى مطلقاً في ظاهر الرواية حتى لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو على دابة واحدة لم يصح واختار غير واحد كالطحاوي أنه إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز، وصححه في «المحيط» كما في «البحر».

وفي «الخلاصة» لو قبل بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز في جميع التفاريق وبه نأخذ، وقيام لأنه دليل الإعراض فلو قام أحدهما ولم يذهب ذكر شيخ الإسلام أنه لو قبل صح وإليه أشير في «جميع التفاريق» قيل: وفي قوله عن المجلس إيماء إليه لأن القيام عنه إنما يتحقق بالذهاب ومع عدمه إنما يقال: قام فيه كذا في «المعراج» وغيره وفي التعبير بقيل إيماء إلى ضعفه ومن ثم قال في «الفتح»: ظاهر «الهداية» وعليه جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك وإليه ذهب قاضي خان حيث قال: فإن قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض، وتلك المقدمة في حيز المنع.

وفي «القنية» لو قام لمصلحة لا معرضاً لم يصح وبه عرف أن قصر اختلاف المجلس على ما يدل على الإعراض فيه قصور والأولى ما في «المجتبى» المجلس

ولا بد من معرفة قدر........................

المتحد أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس أو ما هو دليل الإعراض إذ لا شك أن القيام وإن لم يكن للإعراض لكن لم يعقد المجلس له، قيد بالقيام لأنهما لو قعدا لم يبطل، والسفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لا يملكان إيقافها (**ولا بد من معرفة قدر**) أي: قدر مبيع وثمن ككر حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة فخرج ما لو كان قدر المبيع مجهولاً أي: جهالة فاحشة فإنه لا يصح وقيدنا بالفاحشة لما قالوه: ولو باعه جميع ما في هذه القرية أو هذه الدار والمشتري لا يعلم ما فيها لا يصح لفحش الجهالة، أما لو باعه جميع ما في هذا البيت أو الصندوق أو الجوالق فإنه يصح لأن الجهالة يسيرة.

قال في «القنية»: إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع كمن أقر أن في يده متاع فلان غصباً أو وديعة ثم اشتراه منه جاز وإن لم يعرف مقداره انتهى. ومعرفة الحدود تغني عن معرفة المقدار ففي «البزازية» باعه أرضاً وذكر حدودها لا ذرعها طولاً وعرضاً جاز وكذا إن لم يذكر الحدود ولم يعرفه المشتري إذا لم يقع بينهما تجاحد، وفيها جهل البائع معرفة المبيع لا يمنع وجهل المشتري يمنع/ انتهى. [٣٦٠/أ]

وعلى هذا تفرع ما في «القنية» لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئاً في موضع كذا فبعها مني بستة دراهم فقال: بعتها ولم يعرفها البائع وهي تساوي أكثر من ذلك جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول لأنه لما قال: لك في يدي أرض صار كأنه قال: أرض كذا وفي «المجمع» لو باعه نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط ويجيزه مطلقاً وشرط علم المشتري وحده.

وفي «الخانية» اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات قال أبو يوسف: إن كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل وكذا الراوية والجرة وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز إذا كان لا يعرف قدرها وهو قول الإمام، وخرج أيضاً ما لو كان الثمن مجهولاً كالبيع بقيمته أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشتراه فلان فإن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزاً ومنه أيضاً لو باعه بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت.

فــــرع

قال لمديونه: بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وهذا الآخر بباقي العشرة جاز مع جهالة الثمن في كل منها وهذا يرد على المصنف لكن علله في «فتح

ووصف ثمن غير مشار ....

القدير» بعدم إفضاء جهالة الثمن الأول إلى المنازعة بضم البيع الثاني إليه إذ لا بد أن يصير ثمنهما عشرة انتهى، ولم أر ما لو وجد بأحدهما عيباً وينبغي أن يكون في حكم صفقة واحدة فيردهما أو يأخذهما، (**ووصف ثمن غير مشار**) لأنه إذا كان مجهول الوصف تتحقق المنازعة فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وظاهر كلامه يعطي أنه معرفة وصف المبيع غير شرط.

قال في «البحر»: وظاهر ما في «الفتح» أن معرفة الوصف في المبيع والثمن شرط الصحة كمعرفة القدر فإنه قال: والصفة عشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية.

وأقول: هذا وهم فاحش وذلك أن القدوري قال: والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن يكون معلومة القدر والصفة، فبين في «الفتح» الصفة بما قال إذ الكلام في الثمن لا في المبيع ولا شك أن الحنطة تصلح ثمناً إذا وصفت كما سيأتي وليس في الكلام ما يوهم ما ذكره بوجه وفي «البدائع» وأما معرفة أوصاف المبيع والثمن فقال أصحابنا: ليست شرطاً والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكن شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره.

واعلم أن الدراهم والدنانير أثمان أبداً سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وأما الأعيان التي ليست مكيلة ولا موزونة فمبيعة أبداً ولا يجوز فيها البيع إلا عيناً إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعاً في الذمة بطريق السلم تثبت ديناً مؤجلاً في الذمة على أنها ثمن وحينئذ فيشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالثمن في كونها ديناً في الذمة ولذا قلنا: إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز ويكون بيعاً في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما إذا سلم الدراهم وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع ببيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه، أو مكيلاً أو موزوناً أو عددياً متقارباً كالبيض فإن قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات فما كان موصوفاً في الذمة فهو ثمن وما كان معيناً فمبيع وإن كان كل منهما معيناً فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمناً والآخر مبيعاً كذا في «الفتح» وغيره، والفلوس كالنقدين كما في «الدراية» ودخل في القيميات المصوغ من الذهب والفضة فتعين للصنعة، أما المثلي إذا قابل بقيمي فلم يدخل فيما ذكرنا، وقال خواهر زاده: إنه ثمن، كذا في «البحر» (**لا مشار**) تصريح بمفهوم قوله غير مشار أي: لا يحتاج في صحة البيع إلى معرفة القدر والوصف في المشار إليه حتى لو قال: بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو

لا مشار وصح بثمن حال وبأجل معلوم........................

هذه الكورجة من الأرز والشاشات وهي مجهولة القدر بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية فقيل: جاز ولزم لأن الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يمنع من التسليم والتسلم، والمسألة مقيدة بغير الأموال الربوية أما الربوية إذا قوبلت بجنسها فلا تصح مع الإشارة لاحتمال الربا كحقيقته.

قال في «العناية»: ولم يقيد به في «الكتاب» لأن ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه وبغير السلم فلا يصح أن يكون العرض فيه مشاراً إليه اتفاقاً للأجل ولا رأس مال السلم إذا كان مكيلاً أو موزوناً عند الإمام كما سيجيء.

واعلم أن ظاهر قول القدوري والأعراض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع يفيد أن معرفة الصفة يحتاج إليها وقد أفصح عن ذلك في «فتح القدير» حيث قال: والتقييد بمقدارها احتراز عن الصفة فإنه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفاً أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها / وهو منصرف إلى الجياد ولو وجدها ستوقة أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة إن كان أتلفها. [٣٦٠/ب]

ولو قال: اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال: اشتريه بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد، لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها بخلاف الخابية والمراد بالخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأنها لا تثبت في النقود انتهى، وفيه بحث فإنه إن أريد الاحتياج إليها في جواز البيع كما هو الظاهر لزم أن لا يصح فيما لو وجدها زيوفاً وليس بالواقع وإذا كانت الإشارة إليها كالتنصيص عليها وهو منصرف إلى الجياد وقد استغنى عن وصفها وإنما فسد فيما إذا وجدها ستوقة أو رصاصاً فلأنها ليست من الدراهم المشترى بها فالظاهر أنه ليس بشرط كما يشير إليه قول المصنف فتدبره. **(وصح)** البيع **(بثمن حال)**. قال في «المصباح»: حل الدين يحل بالكسر انتهى أجله فهو حال وظاهره أنه لا يقال: حل إلا بعد تأجيل وليس بمراد وفي «القاموس» حل الدين أي صار حالاً كذا في «البحر».

وأقول: فيه نظر للفرق البين بين حل الدين وباعه بحال ويدل عليه ما في «المغرب» حل الدين وجب ولزم والدين الحال خلاف المؤجل **(و)** صح أيضاً **(بأجل معلوم)** لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] وما هو بثمن مؤجل بيع قيد بالمعلوم لأنه إلى مجهول فاسد وليس منه ما لو باعه مؤجلاً لانصرافه إلى شهر كما في «شرح المجمع» نعم من جهالة الأجل ما لو باعه بألف على أن يؤدي الثمن

ومطلقه على النقد الغالب وإن اختلفت النقود فسد إن لم يبين ....

في بلد آخر، ولو قال: إلى شهر والمسألة بحالها صح وبطل الشرط لأنه تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ولا مونة غير صحيح، فلو كان له حمل ومونة صح، وفي الحدادي لو اختلفا في أصله فالقول لنافيه أو في قدره فلمدع الأقل والبينة بينة المشتري في الوجهين ولو في مضيه فالقول للمشتري والبينة بينته أيضاً.

وفي شرح «المجمع» لو مات البائع لا يبطل الأجل ولو مات المشتري حل المال ولا يبطل بقوله: برئت من الأجل ولا حاجة لي به ولو قال: تركته أو أبطلته أو جعلت المال حالاً بطل وفي «البزازية» له على آخر ألف من ثمن مبيع فقال: أعطني كل شهر مائة درهم لا يكون تأجيلاً.

وفي «الملتقط» عليه ألف ثمن جعله الطالب نجوماً إن أخل بنجم حل الباقي فالأمر على ما شرطا وهي كثيرة الوقوع (**ومطلقه**) أي: مطلق الثمن عن قيد الوصف بعد أن سمى القدر، زاد الشارح وعن قيد البلد كعشرة دراهم يقع (**على النقد الغالب**) في البلد التي جرى البيع فيها لا بلد المتبايعين كما قال تاج الشريعة لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه، وسواء كان ذلك الغالب هو المتعامل به مع وجود دراهم أخرى لا يتعامل بها أو يتعامل بها إلا أن غيرها أكثر تعاملاً وإلى هذا أشار في «الفتح» حيث قال: إن كان إطلاق اسم الدراهم عرفاً يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وإن كان المتعامل بها في الغالب كان من تركها لدلالة العادة وكل منهما واجب تحرياً للجواز وعدم إهدار كلام العاقل انتهى.

(**وإن اختلفت النقود**) في المالية كالذهب الأشرفي والناصري بمصر واستوت رواجاً (**فسد**) البيع للجهالة المفضية إلى المنازعة لأن الصرف إلى أحدهما بعينه مع الاستواء في الرواج تحكم و(**إن لم يبين**) المشتري أحدهما في المجلس ويرضى به البائع لارتفاع المفسد قبل تقرره، قيد باختلافها لأنها لو استوت مالية ورواجاً صح وكان له أن يؤدي من أيها شاء، وكذا لو كانت مختلفة مالية ورواجاً فقط ويصرف إلى الأروج وبهذا علم أن في كلامه إرسالاً غير واقع، قيد بالبيع لأنها لو اختلفت في المهر مالية نظر في مهر مثلها فأي ذلك وافقه يحكم لها به كما في «التتارخانية» وبدل الصلح والأجرة كالبيع كما في «البزازية» وفيها من الدعوى يحتاج إلى ذكر الصفة عند اختلاف النقود ولو استوت رواجاً يجوز البيع وفي الدعوى لا بد من التعيين ولا بد من ذكر الجودة عند العامة ومن ضرب أي دار وذكر اللامشي إذا كانت النقود مختلفة وأحدهما أروج لا تصح الدعوى ما لم يبين وكذا لو أقر بعشرة دنانير حمر

ويباع الطعام كيلاً وجزافاً وبإناء أو حجر بعينه لا يعرف قدره..................

وفي البلد نقود ومختلفة حمر لا يصح بلا بيان انتهى. وفي الوصية عند اختلاف المالية فقط تنفذ بأقل النقود وإن تفاوتت رواجاً انصرفت إلى الأغلب، وبقي الخلع لو خالعها على ألف درهم / ولم يبين والوقف لو شرط له دراهم أو دنانير قال في «البحر»: وينبغي أن يستحق الأقل. [١/٣٦١]

وأقول: ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يعرف عرف الواقف فإن عرف صرفت الدراهم إليه، (**ويباع الطعام**) هو في العرف الماضي اسم للحنطة ودقيقها فقول القدوري والحبوب من عطف العام ومن ثم اقتصر عليها في «المجمع» ويجب أن يفسر بها ما في «الكتاب» بقرينة قوله (**كيلاً وجزافاً**) بالضم أي: بلا كيل ولا وزن فارسي معرب والمجازفة في البيع المساهلة، وفي «البزازية» بيع الحنطة بالدراهم وزناً يجوز.

وفي «السراج»: بعني هذا الكر من الحنطة فباعه فهو على الكيل فإن قبضه من غير كيل ثم كاله وحده جاز غير أنه لا يصدق في نقصه لو ادعاه لأنه صدق على وفاء الكيل وإنما كيله تحليل وإطلاق المجازفة مقيد بغير الأموال الربوية أما هي إذا بيعت بجنسها مجازفة فلا يجوز لاحتمال الربا بشرط أن تدخل تحت الكيل فإن لم تدخل كحفنة بحفنتين جاز، والعذر للمصنف في تركه التقييد به على ما مر، وفي «جامع الفصولين» شراء قصيل البر بالبر كيلاً وجزافاً يجوز لعدم الجنس.

وفي «الفتح» لو باع غير الحبوب من الربويات كالفضة إذا باعها بجنسها كفة ميزان بكفة ميزان جاز مع أنه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدرها لانتفاء احتمال التفاضل انتهى، ولا ينافيه ما في «الصيرفية» معزياً إلى «الجامع الصغير» تبايعا تبراً بذهب مضروب كفة بكفة وأخذ صاحب التبر الذهب لا يجوز ما لم يعلما وزن الذهب لأنه وزني انتهى، لأن الذهب الخالص أقل لأنه لا ينطبع بنفسه، (و) يباع أيضاً (**بإناء**) لا ينكبس ولا ينقبض كأن يكون من خشب أو من حديد أما إذا كان كالزبيل والجولق فلا يجوز إلا في قرب الماء استحساناً للتعامل (**أو حجر بعينه لا يعرف قدره**) قيد فيهما لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة وعن الإمام أنه لا يجوز والأول أصح، والظاهر أن هذا القسم من المجازفة وعطفه عليها لأنها في صورة الكيل وليس حقيقة ولذا وجه مسألة الإناء في «المبسوط» بأنه في المعين مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى ونازعه في «الفتح» في الأولوية.

ثم رأيت في «السراج» قال: ومن المجازفة ما لو اشتراه مكايلة بإناء بعينه لا يعرف قدره انتهى، ذكره بعد التولية ولا بد في الصحة من بقاء الإناء والحجر فلو

ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع........................

هلكا فسد البيع كذا في «السراج» أطلق الحجر وقيده الشارح بما إذا كان لا يتفتت فإن تفتت لا يجوز قال: وكذا إذا باعه بوزن شيء يخف إذا جف كالخيار والبطيخ انتهى.

قال في «الفتح»: وليس بشيء فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصاً في ذلك الزمن، قال في «المبسوط»: اشترى بهذا الإناء يداً بيد فلا بأس به انتهى، وبتقدير التسليم فالجفاف يسير.

وقد قالوا: لو باع الجمد في المجمدة جاز مطلقاً في الأصح إذا سلمه قبل ثلاثة أيام لأن النقص قبلها قليل فأهدر فكذا في البطيخة النقص الحاصل الذي به ينقص قدر المبيع قليل فكان ينبغي أن يقتصر فتدبره.

وسكت المصنف عن ثبوت الخيار للمشتري ونص في جمع «النوازل» على ثبوته فيما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً ونسبه في جميع «التفاريق» إلى محمد وينبغي ثبوته أيضاً فيما لو اشترى بإناء لا يعرف قدره قال في «الفتح»: وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية المتقدمة من عدم الجواز فقوله: لا يجوز أي: لا يلزم.

وأقول: عبارته في «الخانية» رجل اشترى طعاماً بإناء لا يعرف قدره قالوا: لا يجوز بيعه لأنه ليس بمكايلة ولا بمجازفة انتهى، وهذا التعليل يمنع هذا الحمل فتدبره، ونظير ما نحن فيه لو باعه حنطة مجموعة في بيته أو مطمورة في أرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة كان له الخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز بلا خيار إلا أن يظهر تحتها صفة ونحوها كذا في «الخانية»، وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز.

(**ومن باع صبرة**) هي الطعام المجموع سميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض ومنه قيل للسحاب فوق السحاب صبر قاله الأزهري، وقال القرطبي: هي الجملة المصبورة أي: المحبوسة للبيع والصبر الحبس والجمع صبر كغرف وأراد صبرة مشار إليها كما سيأتي وليست قيداً بل مكيل أو موزون أو معدود من جنس واحد إذا لم يختلف قيمته كذلك، (**كل صاع بدرهم**) هذا أيضاً ليس بقيد لأنه لو قال: كل صاعين أو ثلاثة/ بكذا صح بقدر ما سمى به عنده (**صح**) البيع (**في صاع**) واحد [٣٦١/ ب] عند الإمام مع الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه دون البائع، وأفهم كلامه أنه فاسد في الباقي إلى تسميته الكل في المجلس أو كيله به لزوال المفسد قبل تقرره فيثبت حينئذٍ على وجه يكون الخيار للمشتري فإن رضي هل يلزم البيع بدون رضى البائع أو

....

يتوقف على قبوله؟ روى الثاني عن الإمام أنه لا يجوز إلا بتراضيهما وروى محمد خلافه، حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل أو رضي المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وهو الظاهر وقالا: صح في الكل لأن المبيع معلوم الإشارة والمشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره لجواز البيع، وجهالة الثمن بيدهما رفعها بأن يكيلاه في المجلس وما هو كذلك لا يفضي إلى المنازعة، وله أن الثمن مجهول وذلك مفسد ولا جهالة في القفيز فصح فيه وكون العاقدين بيدهما إزالة جهالة في صلب العقد لا يوجب صحة البيع قبل إزالتها بدلالة الإجماع على عدم جواز بيع الثوب برقمه مع أن بيد البائع إزالتها.

وقدر في «فتح القدير» أولاً أنه موقوف وثانياً في دليل الإمام أنه فاسد وهذا إنما يتم بناء على أن الموقوف فاسد وهو قول مرجوح ثم قال: وغايته أنه إذا أزيلت أي: الجهالة في المجلس وهما على رضاهما ثبت للعقد المعاطاة لا لعين الأول كما قال الحلواني في الرقم إذا تبين في المجلس، وأنت خبير بأن هذا لا يناسب التوقف بل ولا الفساد لأنه إذا رفع قبل تقرره انقلب العقد صحيحاً وحينئذٍ فلا حاجة إلى انعقاده بالتعاطي.

وفي «السراج» لو أشار إلى نوعين حنطة وشعير فقال: أبيعك هاتين الصبرتين كل قفيز بدرهم فالبيع جائز عند الإمام في قفيز واحد وقالا: يجوز في الكل كذا في الكرخي، وفي «المنظومة» فاسد في الجميع وعند الإمام.

واعلم أن ظاهر «الهداية» ترجيح قولهما وفي «عيون المذاهب» وبه يفتى لا لضعف دليل الإمام بل تيسيراً على الناس وكأنه في «البحر» لم يطلع على هذا فقال: رجح قولهما في «الخلاصة» في نظيره حيث قال ما محصله: اشترى كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف إن كان من جنس واحد يجب أن يجوز في واحد عند الإمام كما في الصبرة وإن أجناساً مختلفة لا يجوز أصلاً عنده كبيع قطيع الغنم وعندهما يجوز في الكل حيث كان جنساً واحداً وكذا إذا كان مختلفاً قاله الشهيد، وجعل أبو الليث الجواز عند اتحاد الجنس متفقاً عليه والفتوى على قولهما تيسيراً للأمر على الناس انتهى.

تنبيه: قال في «المعراج»: أبو الليث هذا هو الخوارزمي انتهى، قلت: تحرز به عن السمرقندي بفتح السين والميم وإسكان الميم وفتح الراء لحن كذا في «القاموس» وهو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم صاحب «التفسير» و«النوازل» و«خزانة الفقه» و«تنبيه الغافلين» و«بستان العارفين» و«عيون المسائل» و«تأسيس النظائر»

ولو باع ثلة أو ثوباً كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل ولو سمى الكل صح في الكل ....

و« مقدمة الصلاة »، تفقه على أبي جعفر الهندواني، توفي ليلة الثلاثاء لإحدى عشرة خلت من جمادى الآخرة سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة كذا في « تاج التراجم » ولم أر من ترجم الخوارزمي هذا. قيد بالبيع لأن في الإجارة كأجرتك داري كل شهر بكذا أو الإقرار كلك على كذا درهم ينصرف إلى الواحد اتفاقاً.

وفي إقرار « الخلاصة » قال الوصي: قبضت كل ما لفلان الميت على الناس فادعى غريم أنه دفع إليه كذا وأنكره فالقول للوصي مع يمينه وفي غصب « الخانية » كل غريم لي فهو في حل قال ابن مقاتل: لا تبرأ غرماؤه، وفيها كل إنسان تناول من مالي فهو له حلال، قال ابن سلمة: لا يجوز وابن نصر بن سلام يجوز وعليه الفتوى (**ومن باع ثلة**) وهي بفتح المثلثة.

قال في « القاموس »: هي جماعة الغنم أو الكثير منها أو من الضأن خاصة والجمع كبدر وثلال انتهى. وبالضم الكثير من الناس (**أو ثوباً وكل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل**) عند الإمام وقالا: جاز في الكل لما مر من أن هذه الجهالة بيدهما إزالتها وعنده وإن انصرف إلى الواحد إلا أن الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالأجزاء فتقع المنازعة على تعيين ذلك الواحد فيفسد في الكل وعلى هذا كل عددي متفاوت كالإبل والبقر والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل.

قال في « البدائع »: وكذا كل ما في تبعيضه ضرر كالمصوغ من الأواني والقلب وفي / « المعراج » البيض كالقفزان استحساناً فإن سمي عدد الغنم والذرعان أو جملة الثمن صح اتفاقاً للعلم بتمام الثمن التزاماً في الأول ومطابقة في الثاني. [١/٣٦٢]

وفي « المعراج » قال الحلواني: الأصح أنه إن علم عدد الأغنام في المجلس لا ينقلب العقد صحيحاً لكن لو كان كل منهما على رضاه ينعقد البيع بالتعاطي، والعلم به بأن عزلها المشتري وذهب والبائع ساكت، قيد بقوله: كل شاة بكذا لأنه لو قال: كل شاتين بعشرين وسمى الجملة مائة مثلاً كان باطلاً إجماعاً وإن وجده كما سمي لأن كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها قاله الحدادي.

وفي « الخانية » لو كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز، وقيد العتابي المنع في الثوب بما إذا كان يضره التبعيض أما في الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في واحد كالصبرة، (**ولو سمى الكل**) أي: كل المبيع والثمن (**صح**) البيع (**في الكل**) أي: المثلي والقيمي لزوال المانع، وإطلاقه يعم ما لو وقعت التسمية في صلب العقد أو بعده في المجلس وقدمنا عن « الفتح » أنه في الثاني يكون بيعاً بالتعاطي.

ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ، وإن زاد فللبائع........

(**وإن نقص كيل أخذ**) المشتري الباقي (**بحصته**) إن شاء لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلاً أو موزوناً، (**أو فسخ**) لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الحكم في كل مكيل أو موزون ليس في تبعيضه ضرر، وخرج بهذا القيد ما لو اشترى سمكة على أنها عشرة أرطال فوجد المشتري في بطنها حجراً يزن ثلاثة أرطال فإن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء تركها فإن شواها قومت عشرة وبسبعة ورجع بحصة ما بينهما من الثمن كذا في «المحيط». وفي «الخانية»: لو باع لؤلؤة على أنها تزن مثقالاً فوجدها أكثر سلمت للمشتري لأن الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان في الثوب، وفيها القول للمشتري في النقصان وإن وزنه له البائع ما لم يقرأنه قبض منه المقدار.

وفي «البزازية»: اتفق أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت فأعطى رجلاً ثمناً فأعطاه أقل من المتعارف إن من أهل البلدة رجع بالنقصان من الثمن وإن من غير أهلها رجع في الخبز لا في اللحم.

واعلم أن في «البحر» قيد قوله: أخذه بحصته بما إذا لم يكن المبيع مشاهداً له فإن كان مشاهداً انتفى الغرر ولذا قال في «الخانية»: اشترى سويقاً على أن البائع لته بمنّ من السمن وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف منّ جاز البيع ولا خيار للمشتري لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتهى الغرور، وهو كما لو اشترى صابوناً على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل من ذلك والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء وكذا لو اشترى قميصاً على أنه من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري انتهى.

وأقول: فيه نظر إذ الكلام في مبيع ينقسم أجزاء الثمن فيه على أجزاء المبيع وما في «الخانية» ليس منه لتصريحهم بأن السويق قيمي لما بين السويق والسويق من التفاوت الفاحش بسبب القلي وكذا الصابون كما في «جامع الفصولين» وأما الثوب فظاهر وعلى هذا فما سيأتي من أنه يخير في نقص القيمي بين أخذه بكل الثمن أو تركه مقيد بما إذا لم يكن مشاهداً فتدبره نعم نخيره بين الأخذ والفسخ، قيده فيها بما إذا لم يقبض المبيع أو قبض البعض فإن قبض الكل لا يخير يعني وإنما يرجع بالنقصان، وأنت خبير بأن الموجب للتخيير إنما هو تفريق الصفقة وهذا القدر ثابت فيما لو وجده بعد القبض ناقصاً إلا أن يقال: إنه بالقبض صار راضياً بذلك فتدبره.

(**وإن زاد فللبائع**) لأن المبيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فلا يجب رده في العقد فيكون للبائع، وقيده الزاهدي

ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وإن زاد فللمشتري ولا خيار للبائع ولو قال: كل ذراع بكذا ونقص أخذه بحصته أو ترك وإن زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ.............

بما لا يدخل تحت الكيلين أو الوزنين أما ما يدخل فلا يجب رده، واختلف في قدره فقيل: نصف درهم في مائة وقيل دانق في مائة لا حكم له وعن أبي يوسف دانق في عشرة كثير وقيل: ما دون حبة عفو في الدينار وفي القفيز المعتاد في زماننا نصف منّ انتهى. والزيادة الحادثة بعد الكيل قبل القبض للبائع وبعده للمشتري كما لو زادت الحنطة بالبلل وفي المشار إليه إذا بيع بشرط الكيل يكون للبائع إن حدث قبل الكيل وبعده للمشتري كذا في «المحيط».

(**وإذا نقص ذراع**) من القدر الذي سماه (**أخذ**) المشتري/ المبيع (**بكل الثمن أو ترك وإن زاد فللمشتري ولا خيار للبائع**) لأن الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن، أما أنه وصف فلأنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الأعراض وأما أنه لا يقابله شيء من الثمن فلأن التوابع شأنها كذلك كأطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن ولو اعورت عند المشتري جاز له أن يرابح على ثمنها بلا بيان وإنما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما لو اشتراها على أنها بكر فوجدها ثيباً، وكان الزائد له كما لو باعها على أنها ثيب فوجدها بكراً قيل: هذه المسألة من أشكل المسائل إذ لقائل أن يمنع كونه وصفاً والاستدلال عليه بما مر ممنوع لأنه كما يجوز أن يقال: طويل وعريض يقال: قليل وكثير والحق أنه ليس المراد بالوصف هنا كونه صفة عرضية بل هو في الاصطلاح ما يكون تابعاً للشيء غير منفصل إذا حصل فيه يزيده حسناً وإن كان في نفسه جوهراً كذراع من ثوب فإن ثوباً هو عشرة أذرع بعشرة إذا نقص منه ذراع لا يساوي تسعة ومن ثم قيل: ما تعيب بالتشقيص والزيادة والنقصان وصف وما ليس كذلك أصل، وقيل: ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدم تأثيره نقصان غيره فوصف وإلا فأصل.

[٣٦٢/ ب]

قال في «الدراية»: مما ظهر أثر الوصفية فيه أنه يجوز بيعه قبل ذرعه سواء اشتراه مجازفة أو شرط الذرع وأن بيع الواحد باثنين منه جائز، واعلم أن إطلاقه يفيد أن الزيادة له ديانة أيضاً وهو قول أبي حفص الكبير وأبي الليث لكن المذكور في «فتاوى النسفي» و«آمالي» قاضي خان أنها لا تسلم له ديانة كذا في «المعراج».

(**ولو قال**): على أنه مائة ذراع (**كل ذراع بكذا ونقص**) عما سماه (**أخذ**) المشتري الباقي (**بحصته أو ترك وإن زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ**) لأن الوصف

وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم........................

وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بانفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب قيل: هذا القدر ممكن في الأولى لأنه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه لأنه من أجزاء العين وصف من وجه لأنه لا يقابله شيء من الثمن فلو جعلناه منقسماً عند ترك ذكر الذراع لزم إلغاء جهة الوصفة من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالأصالة عند ذكره عملاً بالشبهين.

قال في «العناية»: وفيه نظر لأن قوله: من حيث أنه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها فالأولى أن يقال إذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون ذراع مبيع ضمناً ولا معتبر بذلك لما ذكرنا أن الوصف يصير أصلاً إذا كان مقصوداً بالتناول وخير في النقصان لتفرق الصفقة عليه وفي الزيادة لأنه وإن حصلت له الزيادة لكنه لزمته الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في نفي الضرر وفيه بحث من وجهين:

الأول: أن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجد أكثر أو أقل كما لو كان العقر وارداً على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتي أن الذراع لو كان أصلاً بإفراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما لو باع صبرة على أنها عشرة أقفزة فإذا هي أحد عشر فإن الزيادة لا تدخل إلا بصفقة على حدة وأجيب عن الأول بأن الأثواب مختلفة فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك.

وعن الثاني: بأن الذراع لو لم يدخل كان بائعاً بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحرياً للجواز، والقفيز الزائد ليس له كذلك (**وفسد بيع عشرة أذرع من دار**) أو حمام عند الإمام وقالا: يجوز إذا كانت الدار مائة ولا فرق عنده بين أن يكون من مائة ذراع أو لا في الأصح، وقصر الخصاف الفساد على ما إذا لم يبين جملة الذرعان ويرده أن محمد صورها في «الجامع الصغير» قوله من مائة ذراع من دار.

ولو تبعه المصنف لكان أولى لوجهين: الأول: إفادة الفساد فيما إذا لم يبين جملتها بالأولى، الثاني: ليصح قوله (**لا أسهم**) إذ الصحة مقيدة بما إذا قال: عشرة أسهم من مائة سهم من دار فإن لم يقل فسد البيع أيضاً لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يزرع به واستعير لما يحله

وإن اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فنقص أو زاد فسد ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير، وإن زاد فسد.........

الذراع وهو المعين دون/ المشاع فمرجع الخلاف حينئذٍ مؤدى التركيب فعندهما [٣٦٣/أ] شائع وبيعه جائز اتفاقاً وعنده قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين العشرة تفسد فهو نظير اختلافهم في نكاح الصائبة ولو تراضياً في تعيينها في مكان لم أره، وينبغي أنه إن كان في المجلس انقلب العقد صحيحاً (**وإن**) كان بعده بيعاً بالتعاطي واختلف المشايخ على قولهما فيما إذا لم يسم جملتها والصحيح عندهما الجواز؛ لأن هذا الجهالة بيدهما إزالتها ومن (**اشترى**) أي: باع (**عدلاً**) تعدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل (**على أنه عشرة أثواب**) بأن بعتك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم (**فنقص**) منه (**أو زاد**) ثوب (**فسد**) البيع لجهالة الثمن في النقصان لأنه لا تنقسم أجزاؤه على أجزاء المبيع القيمي فلم يعلم للثوب الناقص حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكأن الناقص من الثمن قدراً مجهولاً والمبيع في فصل الزيادة لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان في المردود.

(**ولو بين ثمن كل ثوب**) بأن قال كل ثوب منه بكذا (**ونقص**) ثوب (**صح**) البيع (**بقدره**) أي: بما يسوى قدر الناقص لعدم الجهالة (**وخير**) المشتري لتفرق الصفقة عليه (**وإن زاد**) ثوباً (**فسد**) البيع لأن جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعين العشرة المبيعة من الأحد عشر ومن المشايخ من قال بأنه فاسد عنده في صورة النقصان أيضاً لأنه جمع بين موجود ومعدوم في صفقة فكأن قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود واستدل بما في «الجامع» اشترى ثوبان على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة فإذا أحدهما مروي فسد البيع فيهما عنده وعندهما يجوز في المروي فإذا فسد بفوات الصفقة فبفوات الأصل أولى قال السرخسي والأصح عندي عدم الفساد في النقصان قول الكل إذ لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود إلا أنه غلط في العدد بخلاف مسألة الجامع فإنه قصد الإيجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل منهما شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وعلى هذا فجعل الشارح الفساد في النقصان رواية فيه نظر بل هو استخراج لبعض المشايخ وليس بصحيح. وفي «البزازية» و«الخلاصة» اشترى عدلاً على أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد ويستعمل الباقي لأنه ملكه انتهى.

وفي «الخانية» اشترى جراباً على أن فيه عشرين ثوباً بكذا فوجده أكثر لا تسلم

ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار.

فصـــل

الزيادة للمشتري فإن غاب البائع قالوا يعزل المشتري من ذلك ثوباً ويستعمل الباقي وهذا استحسان أخذ به محمد رحمه الله تعالى نظراً للمشتري انتهى، وقول البزازي لأنه ملكه أي بالقبض وإن كان فاسداً وهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب إلى هراة ومرو قريتان بخراسان كذا في «العناية» وفي «الفتح» مروي نسبة إلى قرية من قرى الكوفة أما النسبة إلى مرو المعروف بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي فكأنه للفرق بين القريتين.

قال في «الحواشي السعدية»: وفيه كلام (**ومن اشترى ثوباً**) تتفاوت جوانبه (**على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف**) أي: في زيادتهم نصفاً (**بلا خيار وأخذه بتسعة في تسعة ونصف**) أي: في نقصانه نصفاً (**بخيار**) عند الإمام وقال الثاني يأخذه في الأموال بأحد عشر وفي الثاني بعشرة إن شاء وقال محمد يأخذه في الأول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف إن أحب لأنه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدراهم ولأبي يوسف أنه بإفراد الثمن صار كل ذراع كثوب على حدة والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً لا فنقص ذراع يسقط شيء من الثمن وخير على القولين لأن الزيادة نفعاً يشوبه ضرر بزيادة الثمن عليه وفي النقصان فوات وصف مرغوب فيه ولأبي حنيفة أن الذراع وصف مرغوب فيه في الأصل وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط وهو مقيد بالذراع ونصفه ليس ذراعاً فكان الشرط معدوماً وحينئذ فلا وجه لثبوت الخيار مع الزيادة إذا لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما اشتراه معيباً فوجده سالماً وخير في النقصان لتفرق الصفقة.

قال في «الفتح»: ثم من الشارحين من اختار محمد وفي «الذخيرة» قول الإمام أصح قيدنا بتفاوت / جوانبه لأنها لو لم تتفاوت كالكرباس لا تسلم له الزيادة لأنها بمنزلة الموزون حيث لا يضره النقصان وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه والله الموفق. [٣٦٣/ب]

فصـــل

لما ذكر ما ينعقد به وما لا ينعقد ذكر ما يدخل فيه مما لم يسمَ وما لا يدخل، واستتبع ما يخرج بالاستثناء، اعلم أن مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين: إحداهما أن كل ما هو متناول اسم البيع عرفاً يدخل في البيع وإن لم يذكر صريحاً،

الثانية أن كل ما كان متصلاً بالمبيع إيصال قرار وهو ما وضع لا لأن يفصله البشر كان تابعاً له في الدخول وما لا فلا وهو ما وضع لأن يفصله البشر، كذا في «العناية» وبقي ما لا يكون من القسمين إن كان من حقوق للبيع ومرافقه دخل في البيع بذكر وإلا فلا (**يدخل البناء**) والسلم المتصل به وحجر الرحى الأسفل، أي المبني في الدار والأعلى استحساناً.

قال في «الفتح»: هذا في عرفهم أمّا في عرف مصر فلا تدخل رحى اليد لأنه بحجرها ينتقل ويحول والبئر وبكرتها لا الدلو والحبل إلا إذا قال بمرافقها، وكذا البستان ولو كبيراً إذا كان فيها لا إن كان خارجها ولو كان له باب منها قاله: أبو سليمان وقال أبو جعفر: إن كان مفتحه من الدار يدخل إن كان أصغر منها لا إن كان أكبر أو مساوياً قيل يحكم العرف، ولذا يدخل في بيع الحمام القدور دون القصاع، وأمّا قدور القصارين وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين ودنانهم فلا تدخل وإن قال بحقوقها وينبغي أن تدخل كما إذا قال بمرافقها، كذا في «الفتح» ويدخل الغلق والمركب (**والمفاتيح**) بخلاف غير المركب، ويدخل أيضاً ثياب الغلام والجارية أي كسوة مثلهما وبردعة الحمار والأكاف وإن لم يكن موكفاً هو المختار، كما في «الظهيرية» لكن لا يتعين ذلك الأكاف بعينه كثوب العبد وقال ابن الفضل: لا يدخل الأكاف بلا شرط، قال في «الخانية»: وهو الظاهر.

وفي «القاموس» أكاف الحمار ككتاب وغراب بردعته وفي العين منه البردعة الحلس تحت الرحل وبلا لام وقد تسقط داله، قال في «البحر»: فعلى هذا الأكاف الرحل والبردعة ما تحته ولكن في العرف الأكاف خشب فوق البردعة، ولو باع فرساً وعليه سرج قيل لا يدخل إلا بالتنصيص، وبه جزم الشارح ولم يحك خلافاً في دخول الأكاف للحمار وكأن الفارق العرف واختلف فيما لو باع أتاناً لها جحش أو بقرة لها عجل قيل يدخلان وقيل لا، وقال الشارح: إن ذهب بهما مع الأم إلى موضع البيع دخلا وإلا لا.

أقول: وينبغي أن يكون شقي هذا القول محل القولين (**والشجر في بيع الأرض**) لأنه متصل بها اتصال قرار فأشبه ولم يفصل تبعاً لمحمد بين المثمرة وغير المثمرة، ولا بين الصغيرة والكبيرة وهو الحق خلافاً لما يقوله بعض المشايخ من عدم دخول الصغيرة وغير المثمرة، نعم لا تدخل اليابسة لأنها على شرف القطع.

وفي «الخانية» الأشجار الصغيرة التي تقلع من البيع وتباع، إن كانت تقلع من أصلها تدخل وإن من وجه الأرض لا تدخل إلا بالشرط كالثمر الذي على رؤوسها،

بلا ذكر ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية........................

وفي «الظهيرية» يجوز شراء الشجرة بشرط القطع وبشرط القلع فيه اختلاف المشايخ والصحيح الجواز انتهى، ولم يبيّن أنه اشتراها للقطع وللقرار، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يملك أرضها وأدخل محمد ما تحتها بقدر غلظ ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال، وقيل: بقدر عروقها العظام وهو رواية عن الإمام، وفي «الصغرى» وغيرها وهو المختار، وأجمعوا أنه لو اشتراها للقطع لم يدخل ما تحتها.

قال في «الفتح»: ولو شرط قدراً فعلى ما شرط انتهى. وينبغي أن يكون إجماعاً ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحنوت، وكذا في الإقرار والصلح والوصية ويدخلان في الإجارة والرهن والوقف والقسمة، كذا في «الفتح» وجعل في «المحيط» الصدقة كالوقف ولم أرَ ما لو أقر بوديعة أرض وباستعارتها (**بلا ذكر**) قيد في المسألتين وعرف منه الدخول مع الذكر بالأولى، واعلم أن كل ما دخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن.

ولذا قال في «القنية»: اشترى داراً فذهب بناؤها لم يسقط شيء من الثمن إلا بالتسمية وإن استحق أخذ الدار بالحصة، ومنهم من سوّى بينهما بخلاف صوف الشاة لا يؤخذ قسطاً من الثمن إلا بالتسمية انتهى. والظاهر أنه لا يؤخذ بأخذ قسط في الكل إلا بالتسوية بدليل ما جزموا به في ثياب العبد من أنه لو استحق شيء منها لم يرجع على البائع شيء، كما في «الشرح» وغيره.

وفي «الكافي» له أرض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعها رب الأرض بإذن الآخر هي بالألف/ وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان، فإن هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خيّر المشتري بين التركة وأخذ الأرض بكل الثمن لأن النخل كالوصف، فلهذا لا يسقط شيء من الثمن. [١/٣٦٤]

قال في «البحر»: ومسألة «الكافي» مقيدة بما إذا لم يفصل ثمن كل فإن فصل سقط النخل بهلاكه، كما صرح به في «تلخيص الجامع».

وأقول: توجيه ما في «الكافي» أن النخل ليس وصفاً من كل وجه بل هو أصل من وجه فانقسم الثمن عليهما وصف من وجه فلم يظهر بهلاكه نقض الثمن، وإذا فصل الثمن كان الوصف أصلاً كما مر في الذراع والكلام فيما هو باق على الوصفية فلا تقييد ولا خصوصية للنخل بل كل ما دخل تبعاً لكونه كالوصف إذا جعل له ثمناً على حدة بقي أصلاً، (**ولا يدخل الذرع في بيع الأرض بلا تسمية**) لأنه متصل به للفصل من الآدمي فاندفع ما أورد من أن حمل الجارية يدخل مع متصل للفصل وإطلاقه يعم ما إذا يثبت لأنه حينئذ يمكن أخذه بالغربال، وما إذا عفن.

ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط........................

واختار الفضيلي وتبعه في «الذخيرة» أنه حينئذ يكون للمشتري لأنه لا يجوز بيعه على الانفراد، وبالإطلاق أخذ أبو الليث ولو نبت ولم تصر له قيمة، قال الصفار: لا يدخل والإسكاف يدخل وهو الصواب، نص عليه القدوري والإسبيجابي، كذا في «التجنيس».

قال في «الهداية»: وكان هذا بناء على الاختلاف وفي جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل يعني، فمن منع البيع قال: إنّه يدخل ومن جوّزه قال لا يدخل، وفي «السراج» لو باعد بعد ما نبت ولم تنله المشافر والمناجل ففيه روايتان، والصحيح أنه لا يدخل إلا بالتسمية ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أو لا؟ الصحيح الجواز، قال في «البحر»: هذا من باب التلفيق إذ القائل بعدم الجواز قائل بعدم الجواز وعكسه فيهما، وصحح في «المحيط» دخول الزرع قبل النبات.

وأقول: هذا سهو ظاهر بل لقائل بعدم الدخول قائل بالجواز كما قد علمت لأنه حينئذ لم يجعله تابعاً، ومن قال بالدخول جعله تابعاً **(ولا)** يدخل **(الثمر)** بمثلثة الحمل الذي يخرجه الشجر وإن لم يؤكل، فيقال ثمر الأراك والعوسج والعنب، وقيل: ما لا نفع فيه ليس له ثمر، كذا في «المصباح» وفي «الفتح» يدخل في الثمرة الوردة والياسمين ونحوهما من المشمومات **(في بيع الشجر إلا بالشرط)** لما رواه محمد في شفعة «الأصل» عنه ﷺ أنه قال: «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع»[1] إلا أن يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغيره، ولا فرق بين أن يكون له قيمة أو لا في الصحيح لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين، كذا في «الهداية» وخص دخول الثمر بالشرط وإن لم يكن قيداً لأن قوله: بعتك الشجر وثمره كذلك اتباعاً للحديث الذي سمعته وكيفية أن هذا الشرط غير مفسد للعقد، وهذا أولى مما في «البحر».

إنما أفرد كل واحد منهما لاختلاف المبيع هذا ويقوم مقام التسمية والشرط مما لو قال بقل قليل وكثير هو له فيها، ومنها إلا أن يبينه بقوله من حقوقها أو مرافقها لأن الحق يذكر عادة لما هو بيع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء، كذا في «العناية».

وعبارته في «المجتبى» كمسيل الماء والشرب وقوله: كل قليل وكثير مبالغة في حق التابع في المبيع وبما هو متصل به وقوله أو منها تفسير لقوله فيها كذا في «المحيط»، وهذا يفيد أن أحدهما كاف لإدخال الطريق والشرب، واعلم البائع لو

---

(١) ذكره ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢ / ١٤٧).

ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع ....

أكل الثمرة مع الشرط أسقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الأصح لتفرق الصفقة عليه عند الإمام.

ولو اشترى شاة بعشرة فولدت ولداً يساوي خمسة فأكله البائع قال الإمام: تلزمه الشاة بخمسة، قال في «الفتح»: والفرق غير خاف وكأنه لأن الصفقة مع الشاة لم تتفرق وإنما استهلك البائع زيادة المبيع، وفي «القنية» اشترى أرضاً مع الزرع وأدرك الزرع في مدة ثم تقايلا لا تجوز الإقالة، لأن العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة، ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الإقالة في حصتها من الثمن.

ولو اشترى أرضاً فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الإقالة بجميع الثمن، ولا شيء للبائع من قيمة الأشجار وتسلم الأشجار للمشتري، هذا إذا علم البائع بقطع الأشجار، وإن لم يعلم به وقت الإقالة يخيّر إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك.

تتمة: يدخل الزرع والثمر في رهن الأرض والشجر بلا ذكر، كما في رهن «الخانية»، وفي «البزازية» أقرّ بأرض عليها شجر أو زرع دخل في الإقرار ولو برهن قبل القضاء أو بعده أن الزرع/ صدق المقر ولا يصدق في الشجر وفي «الإسعاف» قال: [٣٦٤/ ب] أرضي: هذه صدقة موقوفة بحقوقها وجميع ما فيها ومنها وعلى الشجرة ثمرة قائمة يوم الوقف قال هلال: في القياس تكون الثمرة له، وفي الاستحسان يلزمه التصديق على الفقراء على وجه البذر، وما يحدث بعده يصرف في الوجوه التي سماها لكونه غلة الوقف، وكذا الناطفي رجل قال: جعلت أرضي هذه وقفاً على الفقراء ولم يقلْ بحقوقها يدخل البناء والشجر الذي فيها تبعاً، ولا يدخل الزرع النابت فيها، ولو زاد بحقوقها تدخل الثمرة القائمة في الوقف وهذا أولى خصوصاً إن أراد بجميع ما فيها، ومنها الوصية كالبيع، كما في «السراج» وغيره.

(**ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع**) لأن ملك المشتري مشغول ملك البائع فكان عليه تعريفه وتسليمه، واكتفى بذكر القطع في الثمن لأن الحكم إذا علم فيه علم في الزرع أيضاً إذ لا فرق بينهما، وقوله في «البحر»: أراد بالمبيع الأرض والشجر لا يلائم اقطعها وأشار بقوله: وسلم المبيع أنه لا يؤمر بالقطع إلا عند وجوب المبيع فإذا لم ينعقد الثمن لا يؤمر به.

وفي «جامع الفصولين» باع أرضاً بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها واستشكله بأن يجب على البائع قطعه وتسليمه الأرض فارغة، وجوابه أنه محمول على ما إذا

ومن باع ثمرة بدا صلاحها أولا صح ويقطعها المشتري........

كان برضى المشتري، (**ومن باع ثمرة بدا صلاحها**) بأن أمنت العاهة والفساد (**أو لا**) بأن ينتفع بها في أكل وعلف وقد ظهرت، وهذا القيد لا بد منه ليصح قوله (**صح**)، إذ لا خلاف في عدم جواز بيعها قبل أن يظهر وقد يؤخذ هذا القيد من قوله ثمرة لأنها قبل الظهور لا تسمى بذلك، واختلف فيما إذا ظهر البعض وظاهر المذهب أنه لا يجوز أيضاً. وأفتى ابن الفضل والحلواني بالجواز ويجعل المعدوم تبعاً، وقيل: إذا لم ينتفع بها لا يصح بيعها، وجعله قاضي خان قول المشايخ، والأصح هو الجواز لأنه ينتفع بها في ثاني الحال، وإليه أشار محمد في العشر حيث قال: لو باع الثمار أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدركت فالعشر على المشتري، ولو لم يكن جائزاً لم يوجب فيه العشر عليه.

قال في «الفتح»: وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على إذن البائع وإلا فلا انتفاع له مطلقاً فلا يجوز بيعه انتهى. وحاصله أن الاستدلال بتلك الإشارة لا يتم لأن المدعى عام وهي في خاص، لكن قد علم من دلالة الإتقان على جواز بيع المهر والجحش جواز بيع الثمار التي لا ينتفع بها الآن، فذكر محمد الترك بإذن البائع في التصوير إنما هو لوجوب العشر لا لوجوب البيع (**ويقطعها المشتري**) أي: يجبر على قطعها تفريقاً لملك البائع، يعني إن اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع على البائع فسد، كما في «الحاوي».

ولو تركها بإذن البائع طاب له الفضل وهو ما زاد في ذات المبيع وإن بغير إذنه فإن لم يتناه عظمها تصدق به لا إن تناهى، ولو استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له أيضاً بخلاف ما اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن تدرك حيث لا يطيب له، والفرق أن الإجارة في الأول باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد إلا الإذن، وفي الثاني فاسدة والفاسد له وجود فكان ثابتاً في ضمن عقد فاسد فأورث خبثاً، ولو اشتراها مطلقاً عن القطع وأثمرت ثمرة أخرى فإن كان قبل القبض، أي قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع، فإن كان بعده لم يفسد ويشتركان والقول للمشتري في مقدار الزائد مع يمينه، وكذا في الباذنجان والبطيخ فإن قلت: قدمت أن الترك إن كان بإذن البائع يطيب له الفضل وإلاّ تصدق بالفضل فمتى يشتركان؟ قلت: معنى الأول أن الزيادة إنما وقعت في ذات المبيع كما مر، ومعنى الثانية أن العين الزائدة لم يقع عليها بيع وإنما حدثت بعده، وقد خفي هذا على بعض طلبة الدرس إلى أن بينته له كذلك والله الموفق.

والحيلة في كون الحارث للمشتري أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ

وإن شرط تركها على النخل فسد ولو استثنى منها أرطالاً معلومة صح...............

والرطبة ليكون الحارث على ملكه، وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمار ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم فيها الإدراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن، وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد، فإن خاف أن يرجع يقول: على أنه متى رجع في الإذن كان مأذوناً في الترك قاله الفقيه أبو الليث.

(**وإن شرط تركها على النخيل فسد**) البيع سواء تناهى عظمها أو لا ولا خلاف في الثاني، وفي الأول خلاف محمد جوزّه استحساناً قيل: والثاني معه وجه قولهما في الصورتين أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة/ في صفقة لأنه إن شرط بلا أجرة فشرط إعارة في البيع أو بأجرة هي حصته من الثمن فشرط إجارة فيه، ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك، كذا قالوا: وفيه تأمل لأن إعارة الأشجار وإجاراتها غير جائزة نعم هو مستقيم في بيع الزرع بشرط الترك، كذا في «العناية» تبعاً لما في «النهاية». [٣٦٥/أ]

وأجاب في «البحر» بأنه صفقة فاسدة في صحيحة ففسدت جميعاً انتهى، وأنت قد علمت أن إجارة النخل باطلة، وفي «الحواشي السعدية» ينبغي أن تجوز الإعارة ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكي عن «الجامع الأصغر» انتهى.

أقول: وبه صرح في «جامع الفصولين» حيث قال: باع شجراً عليه ثمر أو كرماً عليه عنب لا يدخل الثمر، فلو استأجر الشجر من المشتري ليترك عليه الثمر لم يجزْ ولكن يعار إلى الإدراك فلو أبى المشتري يخير البائع إن شاء وأبطل البيع أو قطع الثمر انتهى، فلا فرق يظهر بين المشتري والبائع، ووجه قول محمد في الأول أنهم تعارفوا ذلك فيه فكان شرطاً يقتضيه العقد، وجعل في «الأسرار» الفتوى على قوله، وفي «التحفة» الصحيح قولهما.

(**ولو استثنى منها**) أي: من الثمرة المبيعة ولو مجذوذة (**أرطالاً معلومة**) أو رطلاً (**صح**) البيع في قياس ظاهر الرواية لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه وما لا فلا، وروى الحسن عن الإمام أنه لا يجوز، واختاره الطحاوي والقدوري لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما لو استثنى نخلاً معيناً لأنه معلوم بالمشاهدة، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة إذ المبيع معلوم بالإشارة وجواز قدره لا تمنع الجواز.

قال في «الفتح»: وعدم الجواز فليس بمذهب الإمام في مسألة بيع صبرة طعام لا قفير بدرهم، فإن أفسد البيع لجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة على الأشجار وليس كل ما لا يفضي إليها يصح معها، بل لا بد في

كبيع بر في سنبله وباقلى في قشره وأجرة الكيل على البائع وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري........

الصحة من كون المبيع على حدود الشرع، ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول ولا يعتبر ذلك مصححاً انتهى.

وأقول: يمكن أن يجاب عنه بما قدمناه من أن الفساد عنده في بيع الصبرة بناء على جهالة الثمن إذ المبيع معلوم بالإشارة وفيها لا يحتاج إلى معرفة القدرة والثمن فيما نحن فيه معلوم (**كبيع**) أي: كما يجوز بيع (**بر في سنبله، وباقلا في قشره**) لأنه مال منتفع به، وإنما امتنع بيعه بمثله من سنبل الحنطة لاحتمال الربا، وإنما لا يجوز بيع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا الثمر من النوى لأن كلاً منهما معدوم عرفاً، إذ لا يقال: هذا نوى في ثمرة ولا حب في قطنة ويقال: حنطة في سنبلها وبه عرف امتناع بيع اللبن في الضرع، واللحم في الشاة، والزيت في الزيتون، والعصير في العنب، ونحو ذلك.

قال في «الفتح»: واعلم أن الفتح يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره انتهى. يعني فيما صح بيعه (**وأجرة الكيل**) والوزن والعد رد الزرع (**على البائع**) لأن عليه التسليم وهذا من تمامه، قال: لو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها إلى المشتري هو المختار، والتبن للبائع، فلو اشترى ثياباً في جراب ففتح الجراب على البائع، وإخراج الثياب على المشتري قيد بالكيل لأن صب الحنطة في الوعاء على المشتري إلا إذا كان العرف بخلاف ما لو اشترى ماء في قربة فإن صبه يكون على البائع كما في «الخانية».

وفي «المجتبى» لو اشترى وقر حطب في المصر فالحمل على البائع، وفي «الخلاصة» إخراج الطعام من السفينة، وكذا قطع العنب المشترى جزافاً وكل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينهما وبين المشترى، وكذا قطع الثمر على المشتري (**وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري**)، أمّا كون أجرة النقد عليه فهو رواية ابن سماعة عن محمد وهو ظاهر الرواية كما في «الخانية»، وبه كان يفتي الشهيد وهو الصحيح كما في «الخلاصة» لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرفه المقدار بالوزن، ولا فرق بين أن يكون دراهم منقودة أو لا هو الصحيح خلافاً لمن فصل، كذا في «الخانية»، وروى ابن رستم عن محمد أنه على البائع، وفي كلامه إيماء إلى أن أجرة نقد الدين على المديون وهو مروي عن محمد إلا إذا قبضه ثم جاء يرده بعيب الزيافة فإنه يكون على رب الدين كما في الثمن وهذا ينبغي أن يكون في الثمن بالإجماع.

ومن باع سلعة بثمن سلمه أوّلاً وإلا معاً.

باب خيار الشرط

فرع

ظهر بعد نقد الصراف أن الدراهم زيوف رد الأجرة، وإن وجد البعض فيقدر، كذا في إجارة «البزازية»، وأمّا أجرة الوزن فباتفاق الأربعة لأنه يحتاج إلى تسليم الثمن والوزن من تمامه، (**ومن باع سلعة بثمن**) حال ليس فيه خيار للمشتري / [٣٦٥/ب] (**سلمه**) أي: الثمن (**أولاً**) بشرط أن يحضر البائع السلعة ليعلم قيامها، لأن المشتري تعين حقه في المبيع فلا بد أن يتعين حق البائع في الثمن بتسليمه له تحقيقاً للمساواة بينهما حتى لو باعه بشرط أن يدفع المبيع أولاً فسد البيع لأنه لا يقتضيه العقد، وقال محمد: لجهالة الأجل حتى لو سمى الوقت الذي يسلم فيه المبيع جاز، كذا في «البزازية» وإذا عرف هذا فقول ابن وهبان في «منظومته»:

وشارٍ ولم يقضِ ويلقاه بائع ... ببلدة أخرى ليس بالنقد يؤمر

فيه أن إطلاقه يفيد أن لا فرق بين أن يحضر السلعة أو لا، والمنقول في «البدائع» أنه مقيد بما إذا لم يحضرها انتهى، (**وإلا**) أي: وإن لم يكن سلعة بثمن بل ثمناً بثمن أو سلعة بمثلها سلما (**معاً**) لاستوائهما في التعيين وعدمه.

قال في «التجريد»: وتسليم المبيع والثمن أن يخلي بينه وبينه على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل، وشرط في «الأجناس» مع كذلك أن يقول: خليت بينك وبين المبيع فاقبضه حتى لو اشترى حنطة ودفع البائع المفتاح إليه وقال: خليت بينك وبينها كان قابضاً، وإن دفعه ولم يقل شيئاً لا يكون قابضاً، وقال الحلواني: ذكر في «النوادر» أنه لو باع ضيعة وخلى بينهما وبين المشتري إن كان بقرب منها يصير قابضاً، وإن كان ببعد لا يصير قابضاً، قال: والناس عنه غافلون فإنهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض، وأطلق في «المحيط» أنه بالتخلية يقع القبض وإن المبيع بعيداً، وما ذهب إليه الحلواني هو ظاهر الرواية وهو الصحيح، وكذا في الهبة والصدقة، كذا في «الخانية» والله الموفق.

باب خيار الشرط

من إضافة الشيء إلى سببه، أي: خيار يثبت باشتراطه، ولمّا كان البيع علة حكمه والأصل عدم تخلف حكم العلة عنها قدم ما هو الأصل، كذا قالوا وفيه نظر إذ لا نسلم أن المقوم هو اللازم فقط، بل المطلق المتناول واللزم وغيره ويمكن أن

صح للمتبايعين...

يجاب بأنه يكفي في التقديم تناوله اللازم والموانع خمسة: ما يمنع انعقاد العلة، كبيع الحر وما يمنع تمامها كبيع مال الغير، وما يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط، وما يمنع تمامه كخيار الرؤية، وما يمنع لزومه كخيار العيب، وجزم أهل الأصول بأن هذا التقسيم مبني على جواز تخصيص العلة والمحققون على خلافه بل عدم الحكم لعدم العلة، ويقال في البيع الخال عن الشرط علة أسماء ومعنى وحكماً للمشروط فيه الخيار علة أسماء ومعنى فقط.

قال في «التلويح»: اعتبرنا في العلة ثلاثة أمور: إضافة الحكم إليها، وتأثيرها فيه وحصولها معه في الزمان، وسموها بالاعتبار الأول العلة اسماً وبالثاني العلة معنى وبالثالث العلة حكماً انتهى، ثم الخيارات وصلت إلى ثلاثة عشر، الثلاثة المبوب لها، وخيار التعيين والخيار بفوات وصف مرغوب فيه، وخيار النقد والاستحقاق وتفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع وإجازة عقد الفضولي، والخيانة في المرابحة، وخيار الغبن ...[1] وخيار كشف الحال، وأغلبها ذكر المصنف يعرف ذلك من مارس الكتاب **(صح)** أي: خيار الشرط وبه أفصح صدر الشريعة لكن الأولى صح شرط الخيار، كما في «الإصلاح» لأن الموصوف بالصحة إنما هو الشرط لا نفس الخيار كما في «البحر».

وأقول: الضمير في صح يعود إلى المضاف إليه بقرينة صح ولقد أفصح المصنف عنه في الخلع حيث قال: وصح شرط الخيار لها في الخلع لا له ومن غفل عن هذا قال ما قال **(للمتبايعين)** فيه إيماء إلى أن الشرط كان بعد العقد أو مقارناً له حتى لو كان قبله، بأن قال له: جعلتك بالخيار في المبيع الذي تعقده ثم عقد بعده لم يكن له خيار كما في «التتارخانية»، وإطلاقه يعم الفاسد منه أيضاً.

وقالوا: إنّه يصح أيضاً في الإجارة والقسمة والصلح عن مال ولو بغير عينه والخلع والعتق على مال والرهن للمرأة والقن والراهن وفي الكفالة بالنفس أو بالمال، سواء كان الخيار للمكفول أو للكفيل كذا في «الفصول» وفي الإبراء أيضاً بأن قال: أبرأتك على أني بالخيار وتسليم الشفعة بعد طلب المواثبة، ذكره فخر الإسلام وفي الحوالة والوقف على قول الثاني.

وفي «البزازية» الإقالة كالبيع يجوز شرط الخيار فيها، قال في «البحر»: وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة ولا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والوكالة والإقرار، وعلله في «الخانية» بأنه إنما يدخل في لازم يحتمل الفسخ انتهى، وقياسه

(١) بياض في الأصل.

أو لأحدهما ثلاثة أيام أو أقل ولو أكثر لا.......................

[٣٦٦/أ] أن لا / يصح في الوصية كما لا يصح في الصرف والسلم حتى لو شرط الخيار فيهما لأحدهما بطل العقد، كما في «جامع الفصولين» وقد نظمتها فقلت:

يأتي خيار الشرط في الإجار	والبيع والإبراء والكفالة
والرهن والعتق وترك الشفع	والصلح والمغلق مع الحوالة
والوقف والقسمة والإقالة	لا الصرف والإقرار والوكالة
ولا النكاح والطلاق والسلم	نذر وإيمان فهذي تغتنم

واعلم أنّه لا فرق بين كونه في كل المبيع أو بعضه حتى لو اشترى مثلياً أو قيمياً، وشرط الخيار في نصفه أو ثلثه أو ربعه جاز، كما في «السراجية» لا فرق في ذلك بين كون الخيار للبائع أو للمشتري، ولا بين أن يفصل الثمن أو لا لأن نصف الواحد لا يتفاوت، كذا في «الشرح»، ولو اختلفا في اشتراطه فالقول لنافيه في ظاهر الرواية لأنه خلاف الأصل، وقال محمد: القول لمدعيه والبيّنة للآخر، كذا في «الخانية» وفيها لو قال من له الخيار: إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياري لا يبطل ولو قال: أبطلته إذا جاء غد، ذكر في «المنتقى» أنه يبطل وليس هذا كأولى لأن هذا وقت يجيء لا محالة بخلاف الأول انتهى.

(**ولو لأحدهما**) ولو وصيا (**ثلاثة أيام**) فما دونها لرواية ابن ماجة أن حبان بفتح المهملة والباء الموحدة المشددة ابن منقذ قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن فقال ﷺ: «إذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة بالخيار ثلاثة أيام فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها»[١] وقوله: لا خلابة، أي: لا خديعة في الدين لأنه النصيحة، فالواجب بعد كونه ليس من ذوي البصائر نصيحة أي لا تخدعوه اعتماداً على معرفته بل انصحوه وقالوا: لو شرطت الثلاثة وكان المبيع مما يتسارع إليه الفساد، ففي القياس لا يجبر المشتري على شيء، وفي الاستحسان يقال له: إمّا أن تفسخ المبيع وإمّا أن تأخذه ولا شيء عليك من الثمن حتى تجبر البيع أو يفسد المبيع عندك دفعاً للضرر من الجانبين، كذا في «الخانية».

(**ولو**) شرطا (**أكثر**) منها (**لا**) أي: لا يصح البيع، قال في «الفتح»: وكما لا يجوز عنده إذا زاد على الثلاثة لا يجوز إذا أطلق وقال قبله لو له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس، قال في «البحر»: فيحمل الأول على ما إذا وقع الإطلاق وقت

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٥٥).

....

العقد، والثاني على ما إذا كان بعده لما في «البزازية» وغيرها قال له البائع بعد أيام: أنت بالخيار لثلاثة أيام له الخيار ثلاثة أيام، في المختار، ولو قال له: أنت بالخيار له الخيار ما دام في المجلس انتهى. ومن تأمل ما في «الفتح» علم أنه غنى عن هذا الحمل بل صريح كلامه ناطق به وذلك أنه قال أو لا.

فـــروع

يجوز إلحاق خيار الشرط لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهراً ورضيا به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافاً لهما ثم قال: ولو قال له: أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط، ولو قال إلى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر إلى أن يدخل وقت الظهر، وعندهما لا يدخل الغاية، وقال في قوله القدوري ولا يجوز أكثر منها، وكما لا يجوز عند أبي حنيفة إذا زاد على الثلاثة، كذلك لا يجوز إذا أطلق انتهى.

ولم أرَ من فرق بينهما ويظهر فيه أن المفسد في الثاني مقارن فقوي عمله، وفي الأول بعد التمام فضعف وقد أمكن تصحيحه بإثبات الخيار في المجلس وقالا: يجوز إذا سمى مدة معلومة لأن ابن عمر أجازه إلى شهرين ولأن الحاجة قد تمس إلى الأكثر فصار كالتأجيل، فثبوت الدعوى بمجموع الدليلين وله أن جوازه على خلاف القياس لما روينا فيقتصر على المدة المذكورة، وكفاك حجة ما أخرجه عبد الرزاق من حديث أنس «أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه خيار أربعة أيام فأبطل عليه الصلاة والسلام البيع وقال: الخيار ثلاثة أيام»[(١)] واشتراط الأجل للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة. قال في «البحر»: ولو قال: ولو أكثر أو مؤبداً أو مطلقاً أو مؤقتاً بوقت محمول لكان أولى لأنه فاسد في الكل، كما في «التاتارخانية».

وأقول: إنما اقتصر على الثلاث لأنه محل الخلاف والفساد فيما زاده بالإجماع، كما في «الدراية» وفي «المجمع» وإسقاط خيار الأبد بعد الثلاثة لا يرفع الفساد يعني عند الإمام.

ومن فروع/ الزيادة على الثلاث ما في «الخانية» اشترى شيئاً في رمضان على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر رمضان فسد العقد عنده لأن ما قبل الشهر يكون داخلاً فيعتبر بمنزلة اشتراط أربعة، وقال محمد: يكون له الخيار في رمضان وثلاثة [٣٦٦/ ب]

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ٢٧٤) رقم (١٠٤١)، والدارقطني في سننه (٣/ ٥٦) رقم (٢٢١).

فإذا أجاز في الثلاث صح خلافاً لزفر ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح........

أيام بعد رمضان ويجوز البيع، وكذا لو كان الخيار للبائع على هذا الوجه ولو شرط المشتري على البائع فقال: لا خيار لك في رمضان ولك الخيار ثلاثة أيام بعد رمضان فسد البيع عند الكل لأنه لا وجه لتصحيح هذا الوجه.

تتمة: تقييد الخيار بثلاثة أيام في البيع والإقالة والإجارة كالبيع كما في «البزازية» وفيها أيضاً يصح اشتراطه أكثر من ثلاثة أيام للمحتال، وفي الكفالة حتى لو كفل على أنه بالخيار وعشرة أيام أو أكثر صح بخلاف البيع لأن مبناها على التوسع وفي الوقف لأن جوازه على قول الثاني وهو غير مقيد عنده بالثلاثة، وبقي الخلع والقسمة والصلح والرهن والعتق وينبغي أن يقيد فيما عدا الرهن بثلاثة أيام نظراً إلى جانب المعاوضة، ثم رأيت في «الخزانة» لأبي الليث ولا يجوز الخيار في العقود كلها أكثر من ثلاثة أيام إلا في الكفالة في قول أبي حنيفة انتهى.

(**فإن أجاز**) من له الخيار (**في الثلاثة صح**) البيع يحتمل أن يريد انقلب صحيحاً لزوال المفسد قبل تقرر، كما قال العراقيون من أصحابنا قيل: وهو ظاهر الرواية وإن يريد نفذ لأنه كان موقوفاً على إسقاط الشرط وبمضي جزء من الرابع فسد، كما قال الخراسانيون واختار السرخسي وغيره.

قال في «الفتح»: وهو الأوجه، وذكر الكرخي نصاً عن الإمام أنه موقوف، وفي «الحدادي» فائدة الخلاف تظهر في أن الفاسد يملك إذا اتصل به القبض والموقوف لا يملك إلا أن يجيزه المالك، ونظر فيه بأن الفاسد لا يملك إلا بإذن البائع، كما في «المجمع» والأولى أن يقال: إنها تظهر في حرمة المباشرة وعدمها فتحرم على الأول لا على الثاني.

واعلم أنه لو فسخه أحدهما سواء كان من له الخيار أو لا فإنه ينفسخ على القول بالفساد فظاهر وقوله في «المجمع»: لو كان الفساد بشرط فسخ من له الشرط قوله محمد وعندهما لكل الفسخ، وأمّا على التوقف فقد ذكر الكرخي نصاً عن الإمام أن لكل منهما فسخه، وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة مع التوقف على إجازة المشتري، كما في «الفتح».

وفي الإسبيجابي لو باعه إلى الحصّاد أو الدّراس ثم أبطل صاحب الأجل أو نقد الثمن انقلب إلى الجواز، (**ولو باعه على أنه**) أي: المشتري (**إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع**) بينهما (**صح**)، وكذا لو نقد المشتري الثمن على أن البائع إن رد الثمن

وإلى أربعة لا فإن نقد في الثلاث صح ....

إلى ثلاثة فلا بيع بينهما صح أيضاً، والخيار في مسألة الكتاب للمشتري لأنه المتمكن من إمضاء البيع وعدمه، وفي الثانية للبائع حتى لو أعتقه المشتري لا يصح، وقدمنا في الخلع أن خيار النقد يأتي فيه أيضاً وينبغي إثباته في الإجارة أيضاً إذا عجلت الأجرة كاستأجر مثلاً هذه الدار سنة بأجرة معجلة وهي كذا على أني لم أرد إليك الأجرة إلى ثلاثة أيام فلا إجارة بيننا، وكذا لو نقد إليه الأجرة على أن المؤجر إن رد إليه الأجرة إلى ثلاثة أيام فلا إجارة بينهما والصلح حيث اعتبر بيعاً وهذا من التفقد الذي لم أره في كلامهم.

ثم في مسألة الكتاب لو باعه المشترى ولم ينقد الثمن حتى مضت الأيام الثلاثة جاز البيع وكان عليه الثمن، وكذا لو قتلها في الأيام الثلاثة أو ماتت، أو قتلها أجنبي خطأ غرّم القيمة ولو وطئها وهي بكرٌ أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا بفعل أحد، ثم مضت الأيام ولم ينقد خيّر البائع إن شاء أخذها مع النقصان ولا شيء له مع الثمن، وإن شاء ترك وأخذ الثمن، كذا في «الخانية».

وفي «المحيط» لو قطع المشتري يدها خيّر البائع بين أخذها ونصف الثمن وتسليمها له، وفي «التتارخانية» لو قطعها أجنبي في الثلاث لزم البيع، واعلم أن ظاهر قوله فلا بيع يفيد أنه إن لم ينقد في الثلاثة ينفسخ.

قال في «الخانية»: والصحيح أنه يفسد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه بعد الثلاثة نفذ عتقه إن كان في يده (و) باعه كذلك (**إلى أربعة لا**) أي: لا يصح البيع عندهما، وقال محمد: يجوز إلى ما سمياه (**فإن نقد في الثلاث جاز**) في قولهم جميعاً، ولم يذكر المصنف اكتفاء بما مر إذ لا شك أن هذا ملحق بخيار الشرط دلالة بجامع أن كلاً منهما لدفع ضرر الغبن، والخلاف السابق في أنه فاسد أو موقوف ثابت هنا، كما في «الذخيرة» وغير خاف أن كلاً من الإمام ومحمد هو على أصله، وأما أبو يوسف فأخذ في الأصل بالأمر الذي قدمناه وفي الملحق به بالقياس وعنه أنه رجع إلى قول محمد، والأصح أنه مع الإمام، كذا في شرح «المجمع» والله الموفق.

تتمة: ذكر في «البحر» معزياً إلى «الذخيرة» و«الخانية» اشترى شيئاً وقبضه ثم وكل المشتري على أنه إن لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوماً فإن الوكيل يفسخ/ [٣٦٧/أ] العقد بينهما جاز البيع لأن الشرط لم يكن في البيع حتى لو لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوماً كان للوكيل أن يفسخ، ثم ذكر بيع الوفاء وما فيه من الأقوال الآتية ثم قال: ذكره البزازي في البيع الفاسد، والشارح في الإكراه، وذكره هنا تبعاً لقاضي خان أنسب لأنه من أفراد مسألة خيار النقد أيضاً.

وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه..........................

وأقول: إنما يكون من أفراده بناء على القول بفساده إن زاد على الثلاث لا على القول بصحته إذ خيار النقد مقيد بثلاثة أيام وبيع الوفاء غير مقيد بها فأنى يكون من أفراده؟ وما ذكره في مسألة الوكيل أحد الأقوال في بيع الوفاء، كما في «البزازية» حيث قال: اختار أئمة خوارزم أنه إذا أطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلاً بفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن أو عهد أنه إذا أوفاه يفسخ البيع والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش، أو وضع المشتري على أصل المال ربحاً بأن وضع على مائة وعشرين ديناراً فرهن وإلا فبيع صحيح ومفيد لبعض أحكامه بل حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه.

قال الشارح في الإكراه: وعليه الفتوى، الثالث: ما اختاره في «الخانية» وقال: إنّه الصحيح إنه إن وقع بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم إن شرطاه في العقد أو تلفظا بلفظ البيع وعندهما هذا البيع غير لازم فالبيع فاسد، وإن ذكر البيع بلا شرط ثم شرطاه على وجه الموادعة جاز ولزم الوفاء به، وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فراراً من الربا وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه، الرابع: أنه فاسد اختاره صاحب «الهداية» ومشايخ زماننا وعليه الفتوى لكن لا يملك المشتري بيعه من الغير كما في بيع المكره كالفاسد بعد القبض، الخامس: القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح في بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع رهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة.

وبقي ثلاثة أقوال ذكرها في «البزازية» لم يرجح واحد منهما، والعمل في ديارنا على ما رجحه الشارح، (**وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه**) لأن تمام السبب الذي هو البيع لا يكون إلا بالتراضي ولا وجود له مع الخيار، فلذا نفد تصرفه فيه دون المشتري، وإن قبضه بإذن البائع يعني للاختيار، وأمّا إذا سلمه إليه على وجه التمليك كان ذلك مبطلاً لخياره كما لو وهبه الثمن في المدة أو أبرأه منه أو اشترى شيئاً من المشتري، كذا في «جامع الفصولين» وعرف من هذا أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع ولا الثمن عن ملك المالك. وفي قوله عن ملكه إيماء إلى أن البائع هو المالك فلو كان فضولياً كإن اشترط الخيار له مبطلاً للبيع لأن الخيار لم يدون في الشرط، كما في «فروق الكرابيسي»[1] ولا يرد

---

(١) وهي في فروع الحنفية لجمال الإسلام أبي المظفر أسعد بن محمد الكرابيسي النيسابوري، المتوفى سنة (٥٣٩هـ) اهـ كشف الظنون (٢/١٢٥٧).

وبقبض المشتري يهلك بالقيمة..........

الوكيل بالبيع إذا باع بشرط الخيار له لأنه كالمالك حكماً ولو بقيت في يد البائع بقي على خياره وخيّر المشتري بين أخذه بكل الثمن أو الفسخ، ولو يفعله سقط من الثمن بقدره، وظاهره أنه لو هلك انفسخ البيع.

قال في «البحر»: ولو أجازه المالك ثبت الملك للمشتري مقتصراً لا مستنداً إلى وقت العقد لما في «الخانية» اشترى ابنه بخيار البائع ثم مات المشتري فأجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه وقدم عنها أن الأولاد والأكساب فيما إذا كان الخيار للبائع تدور مع الأصل فإن أجيز كانت للمشتري وإلا فللبائع ولو كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع، فكذا الجواب وإن عند المشتري كانت له تم البيع أو انتقض، قيل: هذا قولهما أمّا على قوله فهي دائرة مع الأصل انتهى.

وأنت خبير بأن هذا يعين كونه مستنداً وبه صرح الشارح في «الزوائد» وإنما لم يستند الإرث لأن العقد لا يصلح أن يكون سبباً له كالعتق إذ سببه إنما هو القرابة فتدبره، (**وبقبض المشترى يهلك**) في مدة الخيار (**بالقيمة**) لانفساخ البيع بالهلاك ولا نفاد بدون المحل فبقي كالمقبوض على سوم الشراء وفيه مع الهلاك القيمة في القيمي والمثل في المثلي إذا كان القبض بعد تسمية الثمن في الصحيح وهو ظاهر الرواية، قال الشهيد: وعليه الفتوى ولو شرط المشتري عدم الضمانة كما في «البزازية»، ولذا قلنا: إنّه لا فرق بين هلاكه في المدة أو بعد فسخ البائع، وأمّا لو هلك بعدها كان مضموناً بالثمن.

وفي «السراج» قال البائع للمشتري وبعد الثلاث مات العبد في يدك ووجبت لي القيمة وقال المشتري: إنما أبق فالقول له مع اليمين لأن الظاهر حياته والموت لا نعلمه ويجوز البيع على البائع ويتم، ولو ادعى المشتري الموت والبائع الإباق فالقول للبائع انتهى، ولو بقيت في يد المشتري خيّر البائع بين إمضاء البيع وفسخه وأخذ النقصان، كذا في «الشرح» وتعتبر قيمته يوم القبض وقيده الحدادي بما إذا كان قيمياً، أمّا إذا كان مثلياً فليس/ له أن يضمنه النقصان لشبهة الربا، واعلم أن [٣٦٧/ ب] الطرسوسي في «أنفع الوسائل» شرط في ضمان المقبوض على السوم ذكر الثمن من جانب المشتري، أمّا من البائع وحده فلا ضمان لما في «القنية» قال له: هذا الثوب بعشرة قال: هاته حتى أنظر إليه فأخذه على هذا وضاع منه فلا شيء عليه.

ولو قال: هاته فإن رضيت أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن انتهى، وقال: إنّه بالهلاك يضمن بالقيمة وفي الاستهلاك بالثمن، ورده في «البحر» بأن الأول خطأ والثاني غير صحيح، أمّا الأول فلأن بيان الثمن من البائع إذا أخذه المشتري بعده على

....

وَجه السوم كافٍ في الضمان لما في «الخانية» طلب منه ثوباً ليشتريه فأعطاه ثلاثة وقال: هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فاحمل الثياب إلى منزلك فأي ثوب رضيته فقد بعته منك فهلكت عند المشتري.

قال ابن الفضل: إن هلك الكل جملة أو على التعاقب ولا يدري الأول والذي بعده ضمن المشتري ثلث كل ثوب، وإذا عرف الأول لزمه والباقي أمانة، وإن هلك الثوبان لزمه نصف كل واحد ورد الثالث انتهى، وما في «القنية» إنما هو في المقبوض على سوم النظر، قال: وقد اشتبه عليه المقبوض على سوم الشراءِ بالمقبوض على سوم النظر والثاني أمانة. ففي «الذخيرة» عن أبي يوسف ساوم رجلاً بثوب فقال صاحبه: هو بعشرة فقال: هاته حتى أنظر إليه فدفعه إليه على ذلك فضاع لا يلزمه لأنه أخذه على النظر أشار إلى أن هذا ليس مقبوضاً على سوم الشراء، وفي «الظهيرية» كما في «القنية» وفي «فروق الكرابيسي» هذا الثوب لك بعشرة فقال: هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيري فضاع.

قال أبو حنيفة: لا شيء عليه يعني يهلك أمانة وإن قال هاته، فإن رضيته أخذته فضاع كان عليه الثمن، والفرق أنه في الأول أمره يعني بدفعه إليه لينظر إليه أو ليريه غيره وليس ببيع وفي أمره بالإتيان به ليرضاه أو يأخذه وذلك بيع بدون الأمر فمع الأمر أولى ومثله في «الظهيرية» فثبت بهذا أن المقبوض على وجه النظر غير مضمون وإن ذكر البائع الثمن وعلى وجه السوم مضمون سواء كان ذكر الثمن من جانب البائع أو المشتري، وأمّا الثاني فلما في «الخانية» أيضاً إذا أخذ ثوباً على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته، وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري انتهى، والوارث كالموروث.

وأقول: في «التتارخانية» أخذ رجل ثوباً وقال: أذهب به فإن رضيته اشتريته فذهب وضاع الثوب فلا شيء عليه، ولو قال: إن رضيته أخذته بعشرة فضاع فهو ضمان من قيمته وفي النصاب وعليه الفتوى، وهذا إيماء على أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضموناً إذا كان الثمن مسمى انتهى، وهذا بالقواعد أمس مما في «فروق الكرابيسي» من أنه في الثاني يكون بيعاً ولا نسلم أن الثاني غير صحيح إذ الطرسوسي لن يذكره تفقهاً بل نقلاً عن المشايخ صرح به في «المنتقى».

وعلله في «المحيط» بأنه صار راضياً بالمبيع دلالة حملاً لقوله على الصلاح، وعزاه في «الخزانة» أيضاً إلى «المنتقى»، غير أنه قال: وفي «القاموس» تجب القيمة، قال: وينبغي أن لا يزاد بها على المسمى كما في الإجارة الفاسدة وفيه نظر، بل ينبغي أن تجب القيمة بالغة ما بلغت وقد صرحوا بذلك في البيع الفاسد فكذا هذا.

وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه..........................

تتمة: الوكيل بالشراء إذا أخذ ثوباً على السوم فلم يرضَ به الموكل وهلك في يد الوكيل ضمن قيمته من ماله ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره بذلك، كذا في «الخانية» وبقي المقبوض على سوم غير الشراء، ففي «جامع الفصولين» المقبوض على سوم الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، والمقبوض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم المبيع، إلا أنه في المبيع يهلك بالقيمة وهنا يهلك بما ساومه به من القرض والمقبوض على النكاح مضمون، يعني لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاها وهلكت في يده ضمن قيمتها، (**وخيار المشتري لا يمنع**) خروج المبيع عن ملك البائع بل يخرج من جانبه فتم السبب في حقه لانتفاء ما يمنع من محله.

(و) لكن المشتري (**لا يملكه**) أي: المبيع عند الإمام، وقالا: يملكه إذ لو لم يملكه لزم أن يخرج عن ملك البائع لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع يعني في المعاوضات فيكون كالسائبة، وبه اندفع ما أورد من أن متولي الوقف أو الكعبة لو اشترى عبداً ببدل عبد الواقف لمرضه أو لسدانة الكعبة أو كانت التركة مستغرقة بالدين خرج الملك عن المالك في هذه المسائل، ولم يدخل في ملك أحد وله أنه لو دخل مع كون الثمن لم يخرج لزم اجتماع البدلين في حكم ملك أحد المتعاقدين حكماً للمعاوضة، والأصل له في الشرع، أي: في بابها وكيف يكون وهي تقتضي المساواة بين المتفاوضين في تناول ملكهما؟ / [٣٦٨/أ] فلا يرد ما لو غصب المدبر وأبق من يده فإنه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك فيجتمع العوضان في ملك واحد لأنه ضمان جناية لا معاوضة.

قال في «الفتح»: وهذا ألزم في الشرع مما ذكراه فإن المشتري للسدانة وللوقف كائن في المعاوضة نعم يرد السلم فإن المسلم إليه يملك رأس المال مع المسلم فيه، وأجيب بأن المسلم فيه صار ديناً كالثمن يملكه البائع في ذمة المشتري، وأمّا ثبوت الشفعة للمشتري فلأن البيع ينبرم في ضمن طلبها فثبت مقتضى تصحيحاً ولا نسلم أنها كالسائبة لأنها التي لا ملك فيها لأحد ولا لتعلق ملك، والثاني موجود هنا ولا خلاف أن النفقة تجب على المشتري كما في «السراج».

وأمّا إبراء المشتري عن الثمن فعن محمد جوازه، وقال أبو يوسف: لا يصح وهو القياس والأول استحسان وعليه فلا يشكل جواز الرهن بالثمن، كما جزم به في «الفصول» وعلى الأول يشكل، وأجاب في «البحر» بأن الإبراء يعتمد الدين ولا دين عليه بخلاف الرهن بدليل صحته على الدين الموعود، ومن جوّزه نظراً إلى الإبراء إنما

وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح فإن وطئها فله أن يردّها

يعتمد تعلق الحق لا حقيقة الدين، ألا ترى أن البائع لو أبرأ الموكل عن ثمن ما اشتراه وكيله فإنه يصح مع الثمن على الوكيل هذا؟ وسكت المصنف عما إذا كان الخيار لهما، وحكمه ما مر من أن المبيع لا يخرج عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري، وتصرف في كل منهما في بدل ملكه باطل، وأيهما فسخ في مدة الخيار انفسخ (**وبقبضه**) أي: بقبض المشتري المبيع (**يهلك بالثمن**) لأن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فيهلك، وقد انبرم البيع فيلزم الثمن بخلاف ما ذا كان الخيار للبائع لأن تعينه في هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك، والعقد موقوف فيبطل وهذا شامل لما إذا كان الخيار لهما، نعم لو أسقط البائع خياره فهلك في المدة يهلك بالثمن (**كتعيبه**) أي: كما يلزمه الثمن إذا تعيب المبيع في يده لأنه صار بذلك ممسكاً لبعضه.

(**فلو**) رده لتفرقة الصفقة على البائع قبل التمام وهو لا يجوز فلزم المبيع لسقوط الخيار ثم إطلاقه يعم ما لو عيبه المشتري أو أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو البائع عندهما، وقال محمد: لا يسقط فإن أجاز البيع ضمن البائع النقصان، والمراد عيب لا يرتفع وإن كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فإذا ارتفع في المدة لا يلزمه وإلا لزمه، نحو (**اشترى زوجته بالخيار**) له (**بقي النكاح**) تفريع على عدم دخول البيع في ملكه وانفسخ عندهما لدخولها فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها وعنده هي زوجته كذا في «الفتح».

(**فإن وطئها**) المشتري (**له أن يردها**) لأنه لا يلزم هنا أن يكون إجازة لأنه في النكاح ملكاً كاملاً يحل به الوطء وهذا الإطلاق مقيد بما إذا لم ينقصها الوطء فإن نقصها ولو ثبت امتنع الرد قيد بزوجته لأن وطء غيرها يمنع الرد وإن لم ينقصها، كما في «الدراية». وفي «البحر»: وينبغي أن لا يحل للمشتري ودواعي الوطء كالوطء حتى لو قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها بشهوة سقط خياره يعني عندهما وحدها انتشار آلة أو زيارتها وقيل بالقلب وإن لم تنتشر كذا في «السراج»، وينبغي أن يتعين الأخير في العنين.

ولو ادعى عدمها فإن كان على العلم لم يقبل قوله وإلا قبل ولو فعلت الأمة به ذلك وأقر بالشهوة كان رضا، ولهذه المسألة أخوات تنبني على عدم وقوع الملك للمشتري لا يعتق لو كان ذا رحم محرم منه ولا بقوله: إن ملكته فهو حر ولا يجزئ حيضها في المدة عن الاستبراء، أو لو ولدت بالنكاح لا تصير أم ولد يعني قبل القبض وبعده تصير إذا ادعاه ويسقط الخيار للعيب.

فإن أجاز من له الخيار في غيبة صاحبه صح وإن فسخ لا وتم العقد بموته.............

ولو أودعه عند البائع فهلك كان من مال البائع، ولو كان المشتري مأذوناً فأبرأه البائع عن الثمن في المدة ولم يقبله بقي خياره، ولو أسلم الذمي المشتري من مثله خمراً بطل البيع ولو تخمر العصير في بيع مسلمين فسد واستدامة السكنى ليست باختيار، ولو اشترى ظبية فأحرم بطل البيع والزوائد الحادثة في المدة بعد الفسخ للبائع كل ذلك عنده خلافاً لهما (**فلو أجاز من له الخيار**) البيع بائعاً كان أو مشترياً أو أجنبياً (**بغيبته صح**) بإجماع الفقهاء، لأنه إسقاط وفيه لا يعتبر حضور من عليه الحق كالطلاق والعتاق.

(**ولو فسخ**) لا أي، (**لا**) يصح هذا عندهما وقال أبو يوسف: يصح وهو قول الثلاثة لأنه مسلط عليه من قبل صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجارة، ولهذا لا يشترط رضاه ولهما أنه تصرف في حق الغير بالرفع ولا يعرى عن مضرة لأنه قد يعتمد تمام البيع السابق فتصرف فيه فتلزمه القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، ولا يطلب السلعة مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على العلم بخلاف الإجازة فإنه لا إلزام فيه ولا يقال إنّه مسلط وكيف يقال ذلك؟ وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط.

قال الشارح: والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلاً حتى إذا بدا له الفسخ رده عليه، وقال بعضهم: إن الحاكم لو نصب من يخاصم صح الرد عليه انتهى. وفي «العمادية» هذا أحد القولين، وقيل: لا ينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل/ [٣٦٨/ ب] فلا ينظر القاضي إليه، وإذا لم ينصب وطلب الإعذار من القاضي فعن محمد روايتان: في رواية يعذر بأن يبعث منادياً ينادي على باب البائع أن القاضي يقول: إنَّ خصمك فلان يرد عليك فإن حضرت وإلا نقضت البيع، ولا ينقضه بلا إعذار وفي رواية لا يعذر.

قال الكرخي: وخيار الرؤية على هذا الخلاف وفي العيب لا يصح فسخه بدون علمه إجماعاً ولو أجاز البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري به جاز وبطل فسخه، ذكره الإسبيجابي يعني عندهما وفيه يظهر أثر الخلاف، وكذا فيما باعه بشرط إن غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافاً له ورجح قوله في «فتح القدير»: (**وتم العقد بموته**) أي: بموت من له الخيار بائعاً كان أو مشترياً ولو حكماً ولا يخلفه فيه الوارث كخيار الرؤية لأنه ليس إلا مجرد مشيئة وهي لا تقبل الانتقال.

أما خيار العيب والتعين وفوات الوصف المرغوب فيه فيخلفه فيه، أمّا في العيب فلأن المورث استحق المبيع سليماً، والموروث في التحقيق إنما هو العين بصفة السلامة لا نفس الخيار، وأمّا في التعيين فلاختلاط ملك الوارث بملك الغير إلا

وبمضي المدة والإعتاق...

أنه لا يملك الفسخ ولا يتأقت خياره بخلاف المورث، كذا في «العناية» ولم أرَ في كلامهم حكم خيار النقد وينبغي أن يكون كالشرط قيدنا بموت من له الخيار لأن موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باقٍ لمن شرط له، فإن أمضى العقد مضى وإن فسخه انفسخ كما في «الفتح». وفي «جامع الفصولين» وكيل البيع أو الوصي باع بخيار أو المالك بنفسه باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصي أو الموكل أو الصبي أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد: يتم البيع في كل ذلك لأن لكل منهم حقاً في الخيار والجنون كالموت انتهى، وكذا الإغماء فإن أفاق في المدة، والإسبيجابي الأصح أنه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلافه من البنج ولو ارتد فهو على خياره إجماعاً، كذا في «الفتح».

قيل: التحقيق إنَّ الجنون والإغماء ليسا مسقطين، وإنما المسقط مضي المدة بلا اختيار بدليل ما مر من أنه لو أفاق فيها كان على خياره، وفي «المحيط» بلغ الصبي في مدة الخيار بطل وتم البيع عند أبي يوسف وعن محمد ثلاث روايات، في رواية ينتقل إلى الصبي، وفي أخرى لا يلزمه إلا بإجازته في المدة وبعدها، وفي أخرى كذلك إلا أنه يبطل بمضيها، ثم قال: ولو اشترى الأب أو الوصي شيئاً للصبي بدين في الذمة وشرط الخيار ثم بلغ جاز العقد عليهما، وللصبي الخيار إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ.

وفي «السراج» عجز المكاتب وحجز المأذون في المدة كالموت، وفي المأذون خلاف محمد وإن لم يبطل فعنه أن الخيار للمأذون وعنه أنه للسيد وعزل الوكيل لا يبطل خياره اتفاقاً، وفي «الظهيرية» المأذون إذا باع بخيار كان للمولى الإجازة وإن لم يكن مديوناً ولا يجوز فسخه عليه إلا أن يجعله لنفسه ثم يفسخ بحضرة المشتري أو بما يكون فسخاً من الأفعال في غيبة المشتري (**وبمضي المدة**)، لأن عدمه كان لتمكنه من الفسخ فيها فإذا مضيت ارتفع المانع فتم العقد (**والإعتاق**) تنجيزاً أو تعليقاً، ويوجد الشرط في المدة، وكذا لو أعتق بعضه وقد أغفلوه هنا والتدبير والكتابة كالعتق.

اعلم أن تمام العقد بالإجازة بالقول المنبه عليها بقوله، فإذا أجاز من له الخيار ومضي المدة والموت لا فرق فيها بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري، وأمّا بالإجازة بالفعل المنبه عليها بقوله: والإعتاق فمشروط بأن يكون الخيار للمشتري فإذا كان للبائع كان فسخاً وكان عليه أن ينبه على ذلك، فما في «البحر» من أنه لم يذكر الإجازة بالفعل سهو.

وتوابعه والأخذ بشفعة ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح

قال في «الفتح»: وأمّا إذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الأمور الثلاثة للبائع بالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكاتب ويبيع المبيع أو يهبه ويسلمه أو يرهنه أو يؤجره، وإن لم يسلمه على الأصح ومن ذلك أن يفعل في المبيع فعلاً فلا يحتاج إليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال، فإن كان يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء إجازة، وكذا التقبيل أو المباشرة بشهوة والنظر إلى الفرج الداخل بشهوة ولا بغير شهوة لأن ذلك يحل في غير الملك في الجملة، فإن الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل ولو أنكر الشهوة كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره، وكذا إذا فعلت الجارية ذلك عند الإمام خلافاً لمحمد، لأن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء فكانت ملحقة بالوطء انتهى، وكلامه يعطي أنه لو اشتراها بالخيار على أنها بكر فوطئها ليعلم أهي بكر أم لا؟ كان إجازة، لأن هذا الفعل وإن احتيج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل في غير الملك، وقد قالوا: إنّه لو وجدها ثيباً لكنه لم يلبث بعده كان له الرد بهذا العيب والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر، وقد اختلف كلامه في الصغرى فيه، فقال في موضع الاستخدام مراراً لا يكون إجازة وفي أخرى الثانية تبطل الخيار، كذا في «الفتح».

وأقول: يمكن حمل الأول على ما إذا كان الثاني في نوع آخر على ما إذا اتحد النوع، وفي «المحيط» باع عبداً بخيار له فإذنه في التجارة/ لم يكن نقضاً إلا أن يلحقه دين، ولو أمضاه بعد الدين لم يجز لأن الغريم أحق به من المشتري. [١/٣٦٩]

تتمة: بقي مما يتم البيع ما إذا زاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن وانجلاء بياض العين خلافاً لمحمد، ولا خلاف في امتناع الفسخ في غير المتولدة منه كالصبغ ونحوه، وكذا في المنفصلة المتولدة كالعقر والثمر، والمنفصلة الغير المتولدة كالغلة والكسب لا تمنعه اتفاقاً، فإن أجاز المشتري لم ترد عندهما، وعند الإمام ترد على البائع، كذا في «الفصول».

(والأخذ بالشفعة) أي: أخذ المشتري بخيار الدار المبيعة بجنب المشتراة لأنه لا يكون إلا في الملك فكان دليل الإجازة والأخذ ليس بقيد لأنه يتم بمجرد الطلب، سواء كان معه أخذ أو لا، وعلى هذا ففي الكلام مضاف محذوف والأصل طلب الأخذ سواء كان طلب مواثبة أو تقرير **(ولو شرط المشتري الخيار لغيره)** أي: لغير العاقد وهو الأجنبي **(صح)** استحساناً، والقياس أنه لا يصح وهو قول زفر لأنه من مواجب العقد وهو الأجنبي فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير

وأيهما أجاز أو نقض صح فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أحق وإن كانا معاً فالفسخ ولو باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما إن فصل وعين صح وإلا لا................

المشتري، وجه الاستحسان أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا نيابة عن العاقد فيقدم له الخيار ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه وهو الوجه يقتضي أن البائع لو شرطه لغيره صح، ولم أرَه صريحاً (**وأيهما أجاز أو نقض صح**) قوله: ولم أره صريحاً هو مذكور في «شرح مسكين» ونقله عن «السراجية» «والكافي» حيث قال: والتقييد بالمشتري يعني فقول المتن ولو شرط المشتري اتفاقي، لأنه ذكر في «السراجية» و«الكافي» لو شرط أحد المتعاقدين بالخيار لغيره صح انتهى.

ولو قال الآخر: لا أرضى بذلك ولم أرَ ما لو اشترطه المشتري فباعه بلا شرط لم يجز ولو بشراء بشرطه للأمر فاشترى ولم يشترط نفذ عليه انتهى، أي على الوكيل، والفرق كما في «الفتح» أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع، (**فإن أجاز**) البيع (**أحدهما**) أي: أحد المتعاقدين والأجنبي (**ونقض الآخر**) البيع (**فالأسبق أحق**) أي: أولى لأنه وجد في زمان لا يزاحمه فيه غيره، والثاني لغو (**وإن كانا معاً**) بأن خرج الكلامان معاً، كذا في «السراج» وهذا قد يتعسر، والظاهر أنه يكفي عدم العلم بالسابق منهما (**فالفسخ**) أحق من الإجازة لقوته إذ المجاز يلحقه الفسخ، والمفسوخ لا يلحقه الإجازة واعترض بأنها ملحقة ألا ترى أنهما لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وإعادة العقد بينهما جاز، ذكره في «المبسوط» وليس فسخ الفسخ إلا إجازة، وأجيب بمنع كونه إجازة بل بيع ابتداء وهذا أعني كون الفسخ أولى رواية كتاب المأذون وهي الأصح.

وفي رواية كتاب «البيوع» تصرف المالك أولى قيل: الأول قول أبي يوسف، والثاني قول محمد أخذا مما (**لو باع**) الوكيل من رجل والموكل من غيره فعند أبي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين، وقال محمد: يملكه المشتري من المالك ومن باع أو اشترى (**عبدين**) أي: قيميين، والظاهر أنهما ليسا بقيد إذ لو كانا مثليين أو أحدهما مثلياً والآخر قيمياً وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغي، وقيد بالمبيع المتعدد لأنه لو اشترى كيلياً أو وزنياً أو عبداً واحداً (**على أنه بالخيار في**) نصفه جاز فصل الثمن أولا لأن النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت.

وقد مرت المسألة على أنه بالخيار في (**أحدهما**) أي: في أحد العبدين (**إن فصل**) ثمن كل واحد (**وعين**) من فيه الخيار (**صح**) البيع لانتفاء المفسد بجهالة أحد الأمرين (**وإلا**) أي: وإن لم يفصل ولم يعين والمعنى وإن لم يوجدا وهذا صادق بما إذا فصل فقط أو عين فقط (**لا**) أي: لا يصح البيع لجهالة المبيع والثمن أو

وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة...........................

أحدهما وبه اتضح كون المسألة رباعية. وفي «الخانية» باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري، ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وإن تراضيا على إجازته لأن الإجازة حينئذٍ بمنزلة ابتداء العقد بالحصة، ولو قال البائع في هذه المسألة فقبضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغواً، كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باقٍ كما كان، كما لو باع عبداً واحداً أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه، (**وصح خيار التعيين**) في القيميات لا في المثليات لعدم تفاوتهما، كما في «البدائع».

(**فيما دون الأربعة**) استحساناً لأن مشروعية خيار الشرط للحاجة إلى رفع الغبن ليختار الأرفق والأوفق وهي هنا متحققة، لأن الإنسان قد يحتاج إلى رأي غيره في اختيار البياعات أو من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من الحمل إلا بالبيع غير أن الحاجة تندفع بالثلاثة دون الأربعة والرخصة ثبوتها بالحاجة ولم يقل للمشتري إيماء إلى أنه لا يصح للبائع أيضاً وصورته للمشتري بأن يقول: بعتك أحد العبدين أو الثلاثة على أن تأخذ واحداً منهما وللبائع أو يقول المشتري: اشتريت منك أحد هذين العبدين على أن تعطيني أحدهما.

قال الكرخي: وهذا استحسان لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري/ فيجوز مع خيار البائع، وفي شرح «التلخيص» «والكافي» هو الأصح، ورده في «الفتح» بأن جوازه إذا كان للحاجة المتقدمة ظهر أنه لا يجوز في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق والأوفق لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لائمه منه، فقد نص في «المجرد» على أنه لا يجوز انتهى، وأنت خبير بأن الإنسان قد يرث قيمياً لا يعرفه ويقبضه وكيله فيبيعه بهذا الشرط ليبقى لنفسه ما هو الأرفق والأوفق به فمست الحاجة أيضاً إلى جوازه، وإذا ثبت جوازه له كان له أن يلزم المشتري أيهما شاء إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك، ولو هلك أحدهما في يده كان له أن يلزمه الباقي. [٣٦٩/ ب]

وأمّا إذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار شرط، وكلام المصنف يعطي أنه لا يشترط في جواز هذا البيع ذكر خيار الشرط معه وهو المذكور في «الجامع الكبير»، وصححه فخر الإسلام وقيل: يشترط وهو المذكور في «الجامع الصغير» تصويراً ونسبه في «الخانية» إلى أكثر المشايخ، وقال الحلواني: وهو الصحيح لأن القياس يأبى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وقت لزوم العقد وإنما جاز استحساناً بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه. ورده في «الفتح» باقتضائه أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة،

ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يردّه الآخر ولو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه.

الصورة الثانية يعني: ولا قائل به وما في «الجامع الصغير» وقع اتفاقاً لا شرط غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط فيه ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلاً من الثوبين ثلاثة أيام، ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع، ولو رد أحدهما بخيار التعيين ثبت البيع في الآخر بخيار الشرط، ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعينه بطل خيار الشرط وانبرم المبيع في أحدهما، وعليه أن يعين وإن لم يتراضيا على خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عنده كما في خيار الشرط خلافاً لهما، وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت، وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط مؤقت بالثلاثة في قوله غير مؤقت بها أحدهما وخيار التعيين غير مؤقت فيه نظر، كذا في «الفتح».

وقد يجاب عنه بأن توقيت خيار التعيين ليس قدراً متفقاً عليه بل هو قول أكثر المشايخ، فجاز أن الطحاوي وافق غير الأكثر، على أن الشارح قال: الذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه لأنه لا يفيد وذلك أنه في خيار الشرط يفيد لزوم العقد عند مضي المدة انتهى، ولا يمكن ذلك في خيار التعيين لأنه لازم في أحدهما قبل مضي المدة. وأبدى في «الحواشي السعدية» له فائدة، هي أن يجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة قال: وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما إذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق والله الموفق.

(**ولو اشتريا**) شيئاً (**على أنهما بالخيار فرضي أحدهما**) بالبيع صريحاً أو دلالة (**لا يرده الآخر**) بل بطل خياره عند الإمام، وقال: يرده، أي: يرد البيع في نصيبه، وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية والعيب بأن اشتريا شيئاً ولم يرياه فعند الرؤية رضي أحدهما أو أطلقا على عيب به، فرضي به أحدهما لهما أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل منهما فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه حقه، وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما رده معيباً به وأورد أن البائع رضي بالتبعيض بالبيع لهما. وأجيب بأنه رضي في ملكهما لا في ملكه، (**ولو اشترى عبداً على أنه**) أي: العبد (**خبازاً أو كاتب**) أي: حرفته كذلك (**فكان**) أي: وجد (**بخلافه**) بأن لم يوجد معه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكتابة والخبز بأن كان يكتب شيئاً ناقصاً في الموضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله (**أخذه**) المشتري (**بكل الثمن**) إن شاء (**أو تركه**) أمّا تخييره فلفوات الوصف المرغوب فيه، وأمّا أخذه بكل الثمن فلأن الأوصاف لا يقابلها شيء منه لكونها تابعة في العقد.

ولو قال البائع: سلمته لك ذا حرفة لكنه نسي والمدة تحتمله، وقال المشتري: لم أجده كذلك، فالقول فرق بين هذا وبين ما لو باعه ثوباً على أنه هروي ثم اختلفا في كونه هروياً فالقول للبائع، وذلك أن البائع لما قال: بعتك على أنه هروي فقبل المشتري صار كأنه قال: اشتريته على أنه هروي فكان مقراً بكونه هروياً فدعواه خلافه تناقض، وأمّا في مسألتنا فالاختلاف في المقبوض والقول فيه للمشتري، والمسألة بحالها رجع بالنقصان بأن يقوم كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت، هذا هو ظاهر الرواية وهو الصحيح، وعن الإمام أنه لا يرجع بشيء.

واعلم أنه ليس كل الأوصاف يصح العقد باشتراطها/ [٣٧٠/أ] بل الضابط فيها أنّ كل وصف لا غرر فيه فاشتراطه جائز لا ما فيه غرر إلا أن يكون اشتراطه له بمعنى البراءة من وجود بأن لم يكن مرغوباً فيه وعلى هذا تفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب فسد البيع، ولو شرط أنها حلوب جاز. واختلف في اشتراط حمل الجارية فقيل: لا يجوز كالناقة وقيل: يجوز لأنه فيهن عيب فكان ذكره للبراءة منه وهو الصحيح، كما في «الخانية» إلا أن يكون في بلد يرغبون فيها في شراء الجواري للأولاد ولو قال: على أنها ذات لبن فالأكثر على الجواز وقيل: لا يكون ولو اشترى قلنسوة على أن حشوها قطن فإذا هو صوف فالصحيح الجواز ويرجع بالنقصان، وفي «البدائع» شرط أنها مغنية إن كان للتبرؤ منه لا يفسد البيع، وإن للرغبة فيه فسد.

وفي «الخانية» اشترى ثوباً على أنه مصبوغ بالعصفر، فإذا هو أبيض جاز، وخيّر وفي عكسه يفسد، ولو اشترى سويقاً على أن البائع لته بمنّ من سمن وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف منّ جاز البيع، ولا خيار للمشتري لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا غايته انتفى الغرور. كما لو اشترى صابوناً على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل من ذلك والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء، أو قميصاً على أنه من عشرة أذرع فإذا هو من تسعة، والفروع كثيرة والأعمار قصيرة وإذا كنت من أهل التقصير فمالي ولي التكفير، جعل الله هذا الوضع خالصاً لوجهه الكريم مجاز عليه في دار النعيم آمين.

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم، وذاك يمنع لزوم الحكم بعد التمام والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية ولا يثبت هذا الخيار إلا في أربعة مواضع:

شراء ما لم يره جائز ....

شراء الأعيان والإجارة، والصلح عن دعوى مال على عين، والقسمة فلا يكون في الديون كالمسلم فيه، ولا في الأثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع إناء من أحد النقدين فإن فيه الخيار، ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما، ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ، لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع كذا في «الفتح»، (**شراء ما لم يره جائز**) لما رواه ابن أبي سعيد وغيره مرسلاً عن مكحول مرفوعاً: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار وإذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه»[1].

قال في «الفتح»: ولا بد من كون المراد بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز، عبّر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي، وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته.

وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده متغيراً لأن ملك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن، وكذا شراء الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية انتهى، وبه اندفع ما في «العناية» من أن قوله لم يره سلب وهو يقتضي تصور الإيجاب، وهو إنما يكون في البصير فإن هذا إنما يتم بناء على إبقاء الرؤية على بابها لا على أنها بمعنى العلم.

واعلم أن الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط الجواز، كإن اشترى جراباً فيه أثواب هروية أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة أو يقول: بعتك درة في كمي صفتها كذا أو ثوباً صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة فإن لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع، ذكره في «المبسوط» وغيره، لكن إطلاق «الكتاب» يقتضي الجواز سواء سمى جنس المبيع أو لا، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور ولا مثل أن يقول: بعت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا: إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده، وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه.

قال في «الفتح»: والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كأن يقول: بعتك شيئاً بعشرة انتهى، وهذا التقرير ظاهر في أنه لو قال: بعتك عشرة أرادب من القمح أن لا يصح البيع، لأنه لم

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥ / ٢٦٨) رقم (١٠٢٠٥)، والدارقطني في سننه (٣ / ٤) رقم (٨).

وله أن يردّه إذا رآه وإن رضي قبله ولا خيار لمن باع ما لم يره.........

يُشرْ إليه ولا إلى مكانه، وبه جزم في «الدرر والغرر». قال في «الحواشي السعدية»: وفي كون هذا شرط جواز البيع سيما بالإجماع كلام **(وله)** أي: للمشتري **(أن يرده)** أي يرد ما اشتراه **(إذا رآه، وإن رضي قبله)** أي: قبل رؤيته بأن قال: رضيت بالبيع قبل هذا يوهم تحقق الرضا قبلها وفساده ظاهر فلو قال وإن قال رضيت لكان أولى وقد يقال: بل الرضى قبلها يتحقق لكنه لا يعتبر مسقطاً وهذا لأن الخيار معلق بالنص بالرؤية، ولا وجود للمعلق قبل الشرط.

وأمّا قول صاحب «الهداية» ولأن الرضى بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبله فقال في «الفتح»: / [٣٧٠/ ب] لو تمَّ لزم أن لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب انتهى، ويجوز أن يقال المراد العلم الشخصي بأوصافه، وأمّا البيع بشرط البراءة فإبراء وهو عن المجهول صحيح كما سيأتي، واعترض بأنه لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما ملك الفسخ مع أنه يملكه في الأصح، وأجيب بأنه إنما يثبت له بسبب آخر هو عدم لزوم هذا العقد على أن المشتري وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه، ونظر فيه «العناية» بأن عدم اللزوم باعتبار الخيار فهو ملزم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها، فكذا ملزومه لأن ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم انتهى، وهو ظاهر في أنه ظاهر قبل الرؤية بات.

وبه صرح في «الفتح» حيث قال: وقولكم عدم اللزوم بسبب آخر قبل الرؤية قلنا: نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول: قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه إلى غاية الرؤية فيرفعه عندها فيثبت قدرة الفسخ والإجازة معاً، وما في «البحر» من أنه مردود لأن اللازم ما لا يقبل الفسخ من أحدهما وهذا يقبله إذا رآه هو بالرد أليق، لأن الشارع حيث علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة بالرؤية لزم القول بلزومه قبله نعم.

أجاب في «الحواشي السعدية» بأنا لا نسلم أن عدم لزومه للخيار، بل لعدم وقوعه منبرماً غاية ما في «الكتاب» أن عدم الانبرام باعتبار أنه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونها، واعلم أنه مبني على الأصح من جواز الفسخ **(ولا خيار لمن باع ما لم يره)**، بذلك قضى جبير بن مطعم كما رواه البيهقي وغيره[١]، وهو الذي رجع إليه الإمام وقدمنا بثبوته في بيع المقايضة.

وفي «الظهيرية» اشترى جارية بعبد وألف فتقابضا ثم رد بائع الجارية العبد بخيار الرؤية لم ينتقض البيع في الجارية بحصة الألف لما قدمناه من أنه لا خيار في

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ٢٦٨) رقم (١٠٢٠٤).

ويبطل بما يبطل به خيار الشرط وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق.................

الدين، وفي «الولوالجية»: أراد أن يبيع صنيعة على وجه لا يكون للمشتري خيار الرؤية فالحيلة أن يقر بثوب لإنسان ثم يبيع الثوب مع الصنيعة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به، فيبطل خيار المشتري لأنه اشترى شيئين صفقة واحدة وقد استحق أحدهما فليس له أن يرد الباقي بخيار الرؤية، لأن فيه تفريق الصفقة.

(**ويبطل**) خيار الرؤية بعد ثبوته دل على هذا قوله قبله وإن رضي قبله (**بما يبطل به خيار الشرط**) سواء كان خيار الشرط للبائع أو للمشتري، وفيه إيماء إلى أنه غير مؤقت خلافاً لما ذهب إليه بعضهم من أنه مؤقت بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، والمختار أنه يبقى إلى أن يوجد ما يبطله من الرضا صريحاً، أو التعيب أو تصرف لا يرتفع كالإعتاق والتدبير أو يوجب حقاً للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري والهبة مع التسليم والرهن والإجارة إلا أنه في هذه لا يتقيد بما بعد ثبوته بل يبطل قبله، ومعناه خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عندهما، وإلا فالخيار معلق بها فكيف يبطل قبلها؟ بخلاف ما لا يوجبه كالبيع بخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبته بلا تسليم، وبهذا اندفع إيراد الآخذ بالشفعة والعرض على البيع فإن خيار الشرط يبطل بهما دون الرؤية وهذا هو ظاهر الرواية في الشفعة وهو المختار.

وفي «الخانية»: لو عرض بعض المبيع على البيع بطل عند محمد خلافاً لأبي يوسف، وقول الإمام محمد وإنما يبطل خيار الرؤية لأن الرضى صريحاً غير مسقط قبله فالدلالة أولى، والظاهر أن هذه الكلية غير منعكسة لأنه لو قبض المبيع بعد رؤيته لم يبطل خيار الشرط، وبطل خيار الرؤية، وقالوا: لو هلك بعض المبيع بطل خيار الرؤية دون خيار الشرط والعيب، ذكره المحبوبي يعني فيما إذا كان الخيار للبائع لما مر من أن تعيبه في يد المشتري يسقط خياره (**وكفت رؤية وجه الصبرة**)، لأن رؤية أجزاء المبيع غير شرط في انتفاء خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعاً فاكتفى بما يدل على العلم بالمقصود، فإذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئي.

(و) معنى هذه المسألة أنه لو رأى وجه الصبرة أو (**الرقيق**) أو ظاهر الثوب مطوياً قبل الشراء، ثم اشترى بعد ذلك فلا خيار له لا أنه بعد الشراء يسقط خياره بذلك كما توهمه بعض الطلبة واستشكله بأن الأصح أنه غير مؤقت، بل له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقطه بقول أو فعل يدل على الرضا، فكيف يسقط بمجرد الرؤية إلى ما ذكر؟ ولا إشكال على ما ذكر وسيأتي ما يرشد إليه وهذا إذا كانت في وعاء واحد، وإن كانت في وعاءين اختلف المشايخ، والأصح أنه يبطل برؤية البعض أيضاً بشرط أن لا يكون الباقي أردأ من المرئي فإن كان له الخيار، أي: خيار العيب لا خيار

والدابة وكفلها وظاهر الثوب مطوياً وداخل الدار...............................

الرؤية، كما في «الينابيع». وعلله في «الكافي» بأنه إنما رضي بالصفة التي رآها/ لا [٣٧١/أ] بغيرها، وهذا يفيد أنه خيار رؤية، قال في «الفتح»: والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب، وخيار رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب، بل أدون وقد يجتمعان فيما إذ اشترى ما لم يرده فلم يقبضه حتى ذكر البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال، وعندي أن ما في «الكافي» هو التحقيق، وذلك أن هذه الرؤية إذا لم تكن كافية فما الذي أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه إلى خيار العيب فتدبره؟ ووجه الرقيق أو أكثره كما في «السراج» عبداً كان أو أمة لأن سائر الأعضاء في العبيد وإلا ما تبع للوجه، ولذا تفاوتت القيمة إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي الأعضاء، ودل كلامه أنه لو نظر لسائر أعضائه غير الوجه لا يسقط خياره.

وبه صرح في «السراج» (و) وجه (**الدابة وكفلها**) أي: مع كَفَلها بفتحتين بمعنى العجز لأنهما المقصودان وهذا قول أبي يوسف، واكتفى محمد برؤية الوجه، والأول هو الصحيح قاله ابن ملك وأفاد أنَّ رؤية القوائم غير شرط وشرطها بعضهم، والأول هو المروي عن أبي يوسف وهو الصحيح، كما في «الدراية» وأراد بها التي تركب احترازاً عن الشاة، فإن كانت شاة لحم فلا بد من جسها، أو فتيته للدر والنسل فلا بد من النظر إلى ضرعها والبقرة الحلوب والناقة كذلك، وشرط في «الظهيرية» مع النظر إلى ضرعها سائر جسدها. قال في «البحر»: فليحفظ بأن في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها انتهى.

وأقول: الظاهر أنه لو اقتصر على رؤية الضرع كما جزم به غير واحد وعن الإمام في البرذون والحمار والبغل أنه يكفي أن يرى شيئاً منه إلا الحافر والذنب والناصية كذا في «المجتبى»، (و) كفت رؤية (**ظاهر الثوب**) حال كونه (**مطوياً**) لأن البادي يعرف ما في الطي، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسير ثوبه ونقصان بهته، نعم لو كان له وجهان فلا بد من رؤيتهما، وكذا لو كان في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم، قيل: هذا في عرفهم أمّا في عرفنا فما لم يرَ باطنه لا يسقط خياره وهو قول زفر، وفي «المبسوط» الجواب على ما قال زفر لأنه استقر خلاف الباطن والظاهر في الثياب.

وقالوا: في البساط لا بد من رؤية جميعه، وفي الجبة يكتفى برؤية ظاهرها إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان لها فرو، وفي الوسادة برؤية ظاهرها إن كانت محشوة بما يحشى به مثلها (و) كفت أيضاً رؤية (**داخل الدار**)، قيل: هذا قول زفر وهو الصحيح وعليه الفتوى، واكتفى الثلاثة برؤية خارجها، وكذا برؤية صحنها،

ونظر وكيله بالقبض كنظره لا ....

والأصح أن هذا بناء على عادتهم في الكوفة أو بغداد فإن دورهم لم تكن متفاوتة إلا في الكبر والصغر وكونها جديدة أو لا، فأمّا ديارنا فهي متفاوتة، قال الشارح: لأن بيوت الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله في الأظهر.

وفي «الفتح»: وهذا هو المعتبر في ديارنا مصر والشام والعراق، وبهذا عرف أن كون ما في «الكتاب» قول زفر كما ظنه بعضهم غير واقع لأنه كان في زمنهم ولم يكتف برؤية الخارج فكان مذهبه عدم الاكتفاء مطلقاً، واختار المشايخ التفصيل بين كونها لا تتفاوت فيكتفى برؤية الخارج أو تتفاوت فلا، فبان أنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، وأمّا البستان فقيل: يكتفى برؤية رؤوس الأشجار أو رؤية خارجه، وأنكر بعضهم هذه الرواية وقال: المقصود باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره.

وجزم به في «جامع» قاضي خان وهو الذي ينبغي أن يعول عليه، وقالوا: في الكرم لا بد من رؤية عينه من كل نوع، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض، وفي الدهن في الزجاجة لا بد أن يصبه في كفه عند الإمام، ولو اشترى سمكاً في ماء يمكن أخذه فرآه فيه لا يسقط خياره وهو الصحيح، وفي دفوف المغازي لا بد من سماع صوتها، وقد مر ما يشم أو يذاق.

واعلم أن بقاء هذه الخيارات مقيد بأن لا يحدث بالمبيع عيباً، ومن ثم قال في «الظهيرية»: اشترى نافجة مسك فأخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية لأنه حدث بالإخراج عيب ظاهر، ولو اشترى مغيباً في أرض كالجزر والبصل لم يذكر في ظاهر الرواية، وروى بشر عن الثاني إن كان مما يكال أو يوزن بعد القلع فباعه بعدما نبت فباتاً يتم به وجوده تحت الأرض جاز، فإن قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضي به يلزم البيع في الكل؟ إن قلع البائع أو المشتري بإذن البائع يثبت لما عرف من أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل، وإن قلعه المشتري بلا إذن إن كان المقلوع له ثمن بطل في الكل، لأنه بالقلع صار المقلوع معيباً لأنه كان حياً ينمو وبعضه صار مواتاً والتعيب في يد المشتري يمنع الرد وإن لا ثمن له لا يبطل، ولو قال المشتري: أخاف إن قلعته لا يصلح ولا أقدر على الرد، وقال البائع: لو قلعته قد لا ترضى يتطوع إنسان/ بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما، فلو كان معدوداً [٣٧١/ب] إن قلعه البائع والمشتري بإذن كان له الخيار في الباقي، وإن قلعه المشتري بغير إذن لم يكن له الخيار في الباقي هو المختار وكذا في «الفتح» ملخصاً **(ونظر وكيله بالقبض)** وهو من يقول له المشتري، وكلتك بقبضه **(كنظره)** أي: الموكل **(لا)**

نظر رسوله وصح عقد الأعمى ويسقط خياره إذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه.......

يكون (**نظر رسوله**) كنظره وهو من يقول له المشتري: قل لفلان: يدفع إليك المبيع أو أنت رسولي إليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه.

وقيل: لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال: اقبض المبيع فلا يسقط الخيار، ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك وهذا قول الإمام، وقالا: الوكيل كالرسول لأنه إنما توكل بالقبض دون إسقاط الخيار، ولذا لم يملك إسقاطه قصداً بأن قبضه مستوراً ثم أراه وأسقط الخيار، وله أن القبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه، وناقص وهو أن يقبضه مستوراً والموكل لا يملكه بنوعيه، فكذا الوكيل غير أن التوكيل ينتهي بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك، قيد بالوكيل بالقبض لأن الوكيل بالشراء فقط تسقط رؤيته اتفاقاً وبالرؤية لأن خيار العيب والشرط لا يسقطان بقبضه اتفاقاً، ولو وكله بالرؤية وقال: إن رضيته تخترِه لا يصح، كذا في «جامع الفصولين».

وفي «المحيط»: وكله بالنظر إلى ما اشتراه ولم يره إن رضي يلوم العقد، وإن لم يرضَ يفسخه يصح التوكيل فيقوم نظره مقام نظر الموكل، ودلَّ كلامه أن رؤيته قبل التوكيل به لا أثر لها فلا يسقط بها الخيار، كما في «الفتح» وغيره.

وقالوا: إن الوكيل بالقبض كالرسول في مسائل منها أنه لا رجوع عليه بالثمن لو رد المبيع بالعيب وتصح كفالته بالثمن للمشتري، ولا يصح إبراؤه وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به (**وصح عقد الأعمى**) لأنه مكلف محتاج ودل إطلاقه أنه لا فرق بين كونه عاقداً لنفسه أو لغيره، (**ويسقط خياره إذا اشترى**) فيه إيماء إلى أن الخيار يثبت له لدخوله في عموم قوله ﷺ «من اشترى ما لم يره» على ما بينا (**بجس المبيع وذوقه وشمه**).

قال الشارح: هذا محمول على ما إذا وجد منه الجس قبل الشراء، وأمّا إذا اشترى قبل أن جس لا يسقط خياره بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضى من قول أو فعل في الصحيح على ما بينا، وفي «البحر»: ظاهر كلام المصنف أن الجس يكتفى به في الرقيق والثياب والدواب وشاة القينة وكل شيء يمكن جسه، وفي «الأصل» وجس الأعمى في المنقولات مثل نظر البصير، كذا في «المحيط» وهل يشترط أن يجس الموضع الذي يكتفى برؤية البصير له؟ فيجس من الرقيق وجهه ومن الحيوان الوجه والكفل حتى لو جس غيرهما لا يكتفى به لم أره والظاهر اشتراطه انتهى.

وأقول: المنقول في «السراج» ما لقطه وإن كان ثوباً فلا بد من صفة طوله

وفي العقار بوصفه ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر له ردّهما ولا يورث كخيار الشرط ومن اشترى ما رأى خير إن تغير وإلا........................

وعرضه ورقته مع الجس، وفي الحنطة لا بد من اللمس والصفة، وفي الأدهان لا بد من الشم، **(وفي العقار)** لا بد من **(وصفه)**، قال: وكذا الدابة والعبد والأشجار وجميع ما لا يعرف بالجس والشم والذوق انتهى.

وفي «التتارخانية» وفي التمر على رؤوس الشجر يعتبر الصفة، وبهذا بطل قوله في «البحر» وهل يشترط أن يجس الموضع الذي يكتفى برؤية البصير له إلى آخره، وذلك لأنه إذا كان يكتفى في نحو العبد والأمة بالوصف فلا معنى لاشتراط الجس ويسقط خياره في العقار بوصفه لأنه أقيم مقام الرؤية في الجملة كما في السلم، وشرط بعضهم أن يوقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ثم يوصف له، قال الفقيه: وهذا أحسن الأقاويل وبه نأخذ، كذا في «العناية».

قال في «الفتح»: ولا يخفى أن إيقافه ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به، ولذا لم يسقطه في «المبسوط» وممن أنكره الكرخي وقال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء انتهى. والأول مروي عن أبي يوسف، قال محمد: ولا أقول به وإنما أعتبر الصفة، **(ومن رأى أحد الثوبين)** أي: القيميين **(فاشتراهما ثم رأى الثوب الآخر له ردهما)** لبقاء الخيار فيما لم يره لكنه لا يتمكن من رده وحده للزوم تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وكذا لو وجد بأحدهما عيباً قبل القبض ليس له أن يرده وحده ولو استحق أحدهما رد الباقي لأن الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهراً فلم يثبت في الباقي عيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً، ولو قبض أحدهما فقط ثم استحق أحدهما كان له الخيار، ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لأن الشركة ليست بعيب فيه وقبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام، كذا في «الفتح».

واعلم أن صاحب «الهداية» صرح بأن الصفقة مع خيار الرؤية غير تامة قبل القبض وبعده، قال السكاكي: يعني فيما إذا قبضه مستوراً كذا قيل ولا حاجة إليه لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى. قال في «الحواشي السعدية»: وفيه بحث يظهر بملاحظة ما مر في/ مسألة الوكيل **(ولا يورث كخيار الشرط)** لأن الخيار [١/٣٧٢] إنما يثبت بالنص للعاقد لا لغيره ولأن الأوصاف لا توارث فيها، **(ومن اشترى ما رأى)** قبل الشراء **(خيّر إن تغير)** عن الحالة التي كان يراه عليها لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكانت رؤيته وعدمها سواء **(وإلا)**، أي: وإن كان لم تتغير عن تلك

لا، وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه وللمشتري لو في الرؤية ولو اشترى عدلاً وباع منه ثوباً أو وهب ردّه بعيب...............................

الحالة التي (**لا**) أي: لا يخيّر لأن العلم بأوصافه بالرؤية السابقة فلم يتناوله الحديث السابق، وهذا الإطلاق قيده في «الهداية» بما إذا علم وقت الشراء أنه مرئيه السابق فإن لم يعلم كان له الخيار.

وفي «الظهيرية» قيل: هذا إذا كانت رؤيته السابق لقصد الشراء حتى لو كانت لا لقصده ثم اشتراه كان له الخيار انتهى، ووجهه أن الرؤية لا لقصد الشراء لا توجب إحاطة بأوصاف المشترى بخلاف ما إذا كانت لقصده، ولما كان الباب معقوداً للخيار لم يقل ومن اشترى ما رأى فلا خيار له إلا إذا تغير.

وبه اندفع ما في «البحر» من أنه لو قاله لكان أولى، إلا أن الأصل فيما رآه عدم الخيار (**وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه**) لأن دعواه بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر حادث بعده والأصل عدمه فلا يقبل إلا ببينة، وهذا الإطلاق مقيد لما إذا لم تطل المدة، فإن طالت فالقول للمشتري لأن الظاهر أن الشيء لا يبقى في دار التغير زمناً طويلاً لم يعثر تغير قبل الشهر فما فوقه طويل وما دونه غير طويل وجزم به في «الظهيرية».

وفي «الفتح» الشهر في مثل الدابة والمملوك قليل (**وللمشتري لو في الرؤية**)، يعني لو اشترى شيئاً فادعى البائع أنه رآه قبل الشراء فلا خيار له وأنكر المشتري فالقول له مع يمينه لأن البائع يدعي أمراً عارضاً هو العلم بصفته والمشتري ينكره، وكذا لو قال البائع عند الرد ليس هو المبيع فالقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار شرط أو رؤية، بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه لأن المشترى في الخيار ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضى الآخر بل على علمه، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك في المقبوض والقول فيه قول القابض ضميناً كان أو أميناً، وفي العيب لا ينفرد لكنه يدعي ثبوت حق الفسخ فيما أحضره والبائع ينكره والقول قول المنكر ولو اختلفا في اشتراط الخيار فالقول لمنكره عندهما وعنده لمدعيه، كذا في «المجمع» ولو أقاما البينة فبينة مدعي الخيار أولى، كما في «القنية».

(**ولو اشترى عدِلاً**) بكسر العين هو المثل ومنه عدل المتاع يعني لم يره (**فباع منه ثوباً**) بعد القبض قيد به في «الجامع الصغير» وكان المصنف استغنى عنه بقوله باع، لأن ما لم يقبض لا يصح بيعه ولا هبته، (**أو وهبه**) منه ثوباً زاد في «الهداية» وسلمه وأهمله المصنف لما اشتهر من أن تمامها به (**رده**) أي: الباقي (**بعيب**) وجده

لا بخيار رؤية أو شرط.

باب خيار العيب

من وجد بالمبيع عيباً..

فيه (لا) يرده (**بخيار رؤية أو شرط**) لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه، فلو رد الباقي فقط كان تفريقاً للصفقة قبل التمام لما مر من أن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها ولو بعد القبض بخلاف البيع فإن الصفقة تتم فيه بعد القبض. وفي «المحيط»: اشترى عدل ثياب فلبس واحداً بطل خياره في الكل، وبه عرف أن البيع والهبة ليسا بقيد، هذا ولو عاد الثوب إليه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بقضاء أو الرجوع في الهبة فهو على خيار الرؤية فيما ذكره السرخسي، وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه، وعليه اعتمد القدوري وصححه قاضي خان.

قال في «الفتح»: وحقيقة اللحظ مختلفة فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعاً ولحظه على هذه الرواية مسقطاً والساقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضى ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها. قال في «البحر»: والأوجه عندي ما ذكره شمس الأئمة وقوله: لأن نفس هذا التصرف ممنوع، وإنما يدل لو تصرف في جميع المبيع وكأنه اختلط عليه ما إذا باع المبيع كله وسقط خياره ثم رد عليه بما هو فسخ لا يعود خياره، لكن لم يذكروا فيه خلافاً.

وأقول: هذا تهجم على مقام هذا الإمام مع عدم التدبر في الكلام وذلك أن جزمهم بعدم عود الخيار فيما إذا باع كله ثم عاد إليه بما هو فسخ من غير ذكر خلاف دليل بيّنٌ لما اختاره القدوري إذ لو كانت العلة المؤثرة وجود المانع للزم أنه إذا زال أن يعود لكنه لا يعود لأنه سقط، وشأن الساقط أن لا يعود ودعوى أن يبيع الكل مسقط وبيع البعض مانع تحكم ظاهر، وهذا مقتضى قوله لأن مقتضى هذا التصرف إلى آخره فإن قلت: لو كان كذلك لما احتيج إلى التعليل لأن في الرد تفريق الصفة قلت: لا مانع من أن يعلل الحكم بعلتين الرضى بالبيع ولزوم تفريق الصفقة غير أنه ما دام خارجاً عن ملكه فالتعليل به أظهر فلهذا المعنى تدبر.

باب/ خيار العيب

[٣٧٢/ ب]

من إضافة الشيء إلى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنىً، وعاب المتاع صار ذا عيب، وعابه زيد ينفد ولا يتعد، وعيّبه بالتشدد نسبه إلى العيب، واستعمل العيب اسماً وجمع على عيوب، وهو: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، وشرعاً ما سيأتي.
(**من وجد بالمبيع عيباً**) لم يتمكن من إزالته بلا مشقة فخرج إحرام الجارية ونجاسة

أخذه بكل الثمن أو ردّه..

الثوب لتمكنه من تحليلها وغسله، وقيده الولوالجي بثوب لا ينقص بالغسل فإن نقص به كان عيباً، وهكذا ذكر الرازي حيث قال: وجد على الثوب المشترى دماً إن أضره الغسل يرده وإلا لا. ولو اشترى جبة فوجد فيها فأرة ميتة فإن ضرها العتق ردها وإلا لا، ولا بدَّ من كونه عند البائع ولم يعلم به المشتري ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصاً أو عاماً ولم يزل قبل الفسخ كبياض انجلى وحمى زالت **(أخذه بكل الثمن)** إن شاء **(أو رده)** لأن مطلق العقد يقول وصف السلامة فكانت كالمشروطة فيه فيجبر، ولذا قال البائع: بعته لك معيباً وقال المشتري: إنما اشتريته سليماً فالقول له ورقم في «القنية» بعده ينبغي أن يحكم الحال انتهى، وهو حسن.

وقالوا: لا يحل له أن يكتم العيب عند البيع فإن كتمه قال بعض المشايخ: يفسق وترد شهادته، قال الصدر: لا نأخذ به، كذا في «البزازية» أي لا نأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لأنه صغيرة ولا فرق في ذلك بين المبيع والثمن إلا في مسألتين، الأولى: المسلم في دار الحرب إذا اشترى شيئاً ودفع الثمن عروضاً مغشوشة أو دراهم زيوفاً جاز إن كان حراً لا عبداً، كذا في «الولوالجية».

الثانية: يجوز إعطاء الزيوف والناقص في الجبايات ثم الإطلاق يفيد أنه لا فرق بين كونه فاحشاً أو يسيراً وهكذا نص عليه في «الفصول» حيث قال: المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن عمد يرد بفاحش العيب لا يسيره، وفي غيرها يرد بهما واليسير من المهر إذا كان كيلياً أو وزنياً يرد به أيضاً، وأفاد تخييره أنه ليس له إمساكه وأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمرة إلا أن يتعين كما لو كان حلالين فأحرما أو أحدهما ثم وجد به عيباً ذكروه في الحج ومن هذا النوع ما في «القنية» لو كان للدار باب في الطريق الأعظم وباب في سكة غير نافذة أقام أهلها بينة أنهم أعاروا البائع هذا الطريق فأمر القاضي بسده يخيّر المشتري إن شاء رده، وإن شاء رجع بالنقصان. ومنه أيضاً ما لو اشترى الوارث من التركة كفناء ووجد به عيباً رجع بالنقصان، ولو تبرع به أجنبي لا يرجع كذا في «البزازية»، وفي مهر «فتح القدير» لو اشترى الذمي خمراً وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد انتهى.

وفي «المحيط» وصي أو وكيل أو عبد مأذون اشترى شيئاً بألف وقيمته ثلاثة آلاف فليس له أن يرده بالعيب لما فيه من الإضرار باليتيم والموكل والمولى انتهى، وينبغي الرجوع بالنقصان في المسألتين وقالوا: إنّه لا يرجع بالنقصان في مسائل.

قال في «البزازية»: اشترى من عبده المأذون المديون فوجد به عيباً لا يرد عليه ولا على بائعه إن كان الثمن منقوداً، فإن لم ينقده وقبض المبيع أولا له الرد إن كان

وما أوجب نقصان الثمن عند التجار..........

من النقود أو كيلياً أو وزنياً لأنه يدفع بالرد مطالبة نفسه، وإن كان عرضاً لا يملك الرد، ولو باع العبد من وارثه ومات فورثه المشتري ووجد به عيباً يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب قيماً فيرد المشترى إلى القيم ويرده القيم إلى الوارث نقد الثمن أو لا في الصحيح.

ولو باع الوارث من مورثه فمات المشتري وورثه البائع ووجد به عيباً رده إلى الوارث الآخر إن كان، فإن لم يكن له سواه لا يرده ولا يرجع بالنقصان، وكذا لو اشترى لنفسه من ابنه الصغير شيئاً وقبضه وأشهد ثم وجد به عيباً يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب عن ابنه خصماً يرده عليه ثم يرد الأب لابنه، وكذا لو باع الأب من ابنه، وكذا لو باع من وارثه فورثه المشتري ووجد به عيباً يرفع الأمر إلى القاضي فينصب خصماً فيرد، اشترى العبد المأذون شيئاً وأبرأه البائع عن الثمن لا يرد بالعيب وإن المشتري حراً لو بعد القبض فكذلك، وإن قبله فله الرد لأنه امتناع عن القبول، وكذا خيار الشرط انتهى.

واعلم أنه يتصور الرد بالعيب مع عدم الرجوع بالثمن على البائع، كما لو باع عبداً وسلمه ثم وكل وكيلاً بقبض الثمن فأقر الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد البائع الموكل برئ المشتري ولا ضمان، فلو وجد المشتري به عيباً رده على بائعه ولا يرجع بالثمن على البائع لإقرار الوكيل ولا على الوكيل لكونه أميناً، وليس بعاقد ذكره في «القنية» **(وما)** أي: وكل شيء **(أوجب نقصان الثمن)** سواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص المنفعة بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود الصحيح القوي على العمل، وكما في جارية/ تركية لا تعرف لسان الترك، كذا في «الفتح». [١/٣٧٣]

وقيد في «الدراية» سوار الظفر بالأتراك، أمّا في الحبشي فلا والظاهر إطلاق ما في «الفتح»، وفي «المحيط» اشترى جارية هندية فوجدها لا تحسن الهندية إن كان الناس يعدونه عيباً فله الرد، ولو اشترى جارية تركية فوجدها لا تعرف التركية فله الرد لأن ذلك عيب، ولو كان المشتري يعلم به لكن لا يعلم أن هذا عيب، فإذا كان هذا يخفى على الناس أنه عيب كان له الرد وإلا لا **(عند التجار)** بضم التاء مع التشديد، وبكسرها مع التخفيف جمع تاجر، زاد في «الفتح» أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات انتهى، ولا بدَّ منه ليدخل ما اشترى مثلاً حائطاً مبنية بجانب بيته فإذا أساسها ضعيف، فإن نقصت قيمتها عند أرباب الخبرة بذلك كان عيباً وإلا فلا

عيب كالإباق والبول في الفراش........................

فهو **(عيب)** لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله. قال في «البحر»: وما في جوامع الفقه العيب ما نقص العين أو المنفعة وإلا فإن عده التجار عيباً وإلا فلا أحسن مما في «الكتاب» انتهى، وكان وجهه أن نقصان الثمن بسبب نقص العين أو المنفعة مما يعرفه كل أحد لا أنه مقيد بالتجار كما يوهمه كلام المصنف **(كالإباق)** أبق من باب منع وسمع وضرب وهو الذهاب من غير خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب، كذا في «القاموس».

وفي «المصباح»: أبق العبد أبقاً من باب تعب وقتل في لغة، والأكثر من باب ضرب، والإباق بالكسر: اسم سنة والجمع إباق مثل كافر وكفار، وفي «الجمهرة»[1] عن الثعالبي الآبق الهارب من غير ظلم السيد، فإن كان من ظلمه سمي هارباً فعلى هذا الإباق عيب والهرب ليس بعيب أطلقه فشمل ما لو كان من المولى أو إلى غيره، وإن لم يعرف بيت المالك أو لم يقف على الرجوع إليه وما إذا كان مسيرة سفر أو لا خرج من البلد أو لا.

قال الشارح: والأشبه أن البلدة إذا كانت كبيرة كالقاهرة كان عيباً وإلا لا بأن كان بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيباً، وقد يشكل على الإطلاق ولم يختف عنده فإنه ليس بعيب كذا في «القنية». وقدم أنه لو أبق من قرية المشتري إلى قرية البائع فإنه يكون عيباً، وفي الثور لا يكون عيباً ثم رقم أنه يكون عيباً فيه أيضاً كخلع الرسن عيب فهذا أولى، ثم رقم إن دام على ذلك فعيب أما بالمرتين أو الثلاث فلا، قال الشيخ: وجواب أنه عيب في الثور أحسن، ويمكن أن يجاب عن الأول بأن الكلام في الإباق الذي يوجب نقص الثمن عند التجار ليصح كونه جزئياً من هذا الكلي وهذا لا يوجبه.

وبه اندفع ما يحجج به في «البحر» من أن هذا يرد على إطلاقهم ولم يقيده بالمميز مع أنه من غيره ليس عيباً لأنه لا يسمى آبقاً بل ضالاً، ولو أراد المشتري أن يرجع بنقصان العيب ليس له ذلك قبل عودته أو موته، **(والبول في الفراش)** لأنه لضعف في المثانة، ولذا قلنا: لو عاوده بعد البلوغ عند المشتري كان عيباً حادثاً إذ هو ولداً في باطنه وعرف من هذا أنه عند اتحاد الحالة يثبت حق الرد بأن ثبت أنه سرق أو أبق أو بال عند البائع، ثم وجدت منه عند المشتري في الصغر أو الكبر.

---

(١) الجمهرة في اللغة لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد اللغوي، المتوفى سنة (٤٢١هـ)، وهو كتاب معتبر. اهـ كشف الظنون (١/٦٠٥).

....

وفي «الفتح»: معزياً إلى «الفوائد الظهيرية» هاهنا مسألة عجيبة هي أن من اشترى عبداً صغيراً فوجده يبول في الفراش كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بنقصان العيب، فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ؟ لا رواية في المسألة قال: وكان والدي يقول: ينبغي أن يسترد استدلالاً بمسألتين: إحداهما اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها، ولو تعيب بعيب آخر يرجع بالنقصان فإذا رجع ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان، الثانية اشترى عبداً فوجده مريضاً له الرد، فإذا تعيب بعيب آخر رجع بنقصان العيب، فإذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد وإلا استرد، والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى.

وفي فتاوى «قاضي خان»: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا: إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك، وفيها أيضاً اشترى عبداً وقبضه فحمَّ عنده وكان يحمُّ عند البائع قال ابن الفضل: المسألة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حمَّ في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له أن يرده أو في غيره فلا، قيل له: ما لو اشترى أرضاً فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع كان له أن يرد لأن سبب النز واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء، إلا أن يجيء ما غالب أو كان المشتري نزع من ترابها فيكون النز غير ذلك أو يشتبه فلا يدري أنه عينه أو غيره.

قال القاضي الإمام: يشكل بما في «الزيادات» اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد، وجعل الثاني غير الأول ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم ذلك الذي رضي به إذا كان الثاني عند / البائع ولم يجعل عينه إذا عاد البياض عند المشتري وقال: لا يرد ثم قال [٣٧٣/ب] القاضي الإمام: كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلاً إذا اجتمعنا فشاورته في هذه المسألة فما استفدت منه فرق انتهى.

وأقول: يمكن أن يقال: يلتزم أن الثاني غير الأول وإنما لا يرد إذا عاد عند البائع لأن المشتري رضي به، ولا فرق بين الأول والثاني حيث لم يرد ولم ينقل إلى مكان آخر على أن كونه لا يرد فيما إذا انجلى ثم عاد في يد البائع ليس قدراً متفقاً عليه، بل المذكور في «الواقعات الحسامية»[1] أنه يرد فرق بين هذا وبين ما إذا

---

(١) وهو المسمى بالأجناس للصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخاري الحنفي، المتوفى سنة (٥٣٦هـ). اهـ. كشف الظنون (٢/١٩٩٨).

والسرقة لأنها توجب نقصان القيمة عندهم والجنون..........

قبضها وهو لا يعلم فانجلى يده ثم عاد فليس له الرد، والفرق أن الثاني غير الأول حقيقة لا أنه في الأولى حدث في يد البائع فيوجب الرد، وفي الثانية في يد المشتري فلا يوجبه انتهى.

قال في «المحيط»: ولو اختلفا في مكانه بأن ادعاه المشتري باليسرى وقال البائع كان اليمين وانجلى وحدث باليسرى، فالقول للبائع ولو ادعاه على البائع بعد الهلاك وقال البائع: انجلى فالقول للمشتري ولو ادعاه بالعينين فقال البائع: كان باليمين وزال وحدث باليسرى لم يصدق بالزوال وصدق في أنه لم يكن باليسرى لأنه في أحدهما منكر وفي الأخرى مدع (**والسرقة**) سواء أوجبت قطعاً أو لا كإنباش والطرار وأسبابها كهي كما إذا نقب البيت، وإطلاقه يعم الكبرى أيضاً كما في «الظهيرية» والكبير والصغير بشرط أن يكون مميزاً، وهذا الشرط في الثلاثة وفسره بعضهم بأن يأكل ويشرب ويستنجي وحده وهذا يقتضي أن يكون ابن سبع لأنهم قدروه بذلك في الحضانة لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بخمس سنين فما فوقها وما دون ذلك لا يكون عيباً، والحاصل أن هذه العيوب الثلاثة إن اتحدت أسبابها بأن وجدت في الكبر والصغر عندهما رد بها، لا إذا اختلفت بأن وجدت في الصغر عند البائع وبعد البلوغ عند المشتري الجواز أن يكون الثاني إنما حدث عند المشتري، وأفاد الشارح أنه لو سرق طعاماً من المولى للأكل أو اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيباً، بخلاف ما لو سرقه للبيع، زاد غيره أو للأكل من غير المولى وينبغي أنه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفاً أن يكون عيباً.

وفي «جامع الفصولين»: لو سرق بطيخاً من غلة الأجنبي فهو عيب هو المختار، وإن سرق للادخار فهو عيب مطلقاً وما لم يكن عيباً لا يرد على الإطلاق لما قد علمته، وظاهر أن رده بعيب السرقة محله ما إذا لم يقطع فإن قطع عند المشتري، قال في «المحيط»: رجع بربع الثمن لأن اليد قطعت بالسرقتين جميعاً والجنون في الصغير عيب، قال محمد: أبداً. ولو تبعه المصنف لكان أولى حتى لو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في الكبر في يد المشتري كان له الرد لاتحاد السبب فيهما وهو فساد الباطن بخلاف الإباق ونحوه، وظن بعض المشايخ أن معناه عدم اشتراط المعاودة عند المشتري لأن آثاره لا ترتفع، وجعله الإسبيجابي ظاهر الجواب، والأصح هو الأول وهو المذكور في «الأصل»، و«الجامع الكبير» لأن الله تعالى قادر على إزالته بآثاره، وقد قال محمد بعد أن طعن المشتري بإباق أو جنون (و) لا يعلم القاضي ذلك لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جن، فقد صرح باشتراط المعاودة في (**الجنون**) وعن هذا قيل: يشترط المعاودة بلا

والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية........................

خلاف بين المشايخ، كذا في عامة الروايات وهذا بخلاف ما لو ولدت الجارية عند البائع لا منه أو، عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب «المضاربة» وهو الصحيح وعليه الفتوى لأن الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبداً، وفي رواية كتاب «البيوع» لا ترد، كذا في «الفتح».

وعندي أن رواية «البيوع» أوجه لأن الله تعالى قادر على إزالة الضعف الحاصل بالولادة ثم رأيت في «البزازية» عن «النهاية» الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصاناً وعليه الفتوى انتهى. وهذا هو الذي ينبغي أن يعوّل عليه، ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيباً جزم به الشارح وقيل: هو عيب ولو ساعة وقيل: المطبق **(والبخر)** بالموحدة المفتوحة والخاء المعجمة الفوقية من حد تعب نتن الفم، أمّا بالجيم التحتية فانتفاخ ما تحت السرة وفي الصحابة غالب وهذا الثاني عيب في الغلام أيضاً. وفي «الفتح»: البخر هو العيب الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقبح في الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها، **(والدفر)** بفتح المهملة والفاء وسكونها أيضاً نتن ريح الإبط، وأدفر لغة ودفع كغلس اسم منه أمّا بالذال المعجمة فبفتح الباء لا غير وهو حدة من طيب أو نتن.

[٣٧٤/أ] قال في «العناية»: منه قوله مسك أزفر وإبط/ زفر وهو مراد الفقهاء من قولهم: الزفر عيب في الجارية هذا في «البزازية» انتهى، وأصله في «المغرب» إلا أن كونه مراد الفقهاء لا غير فيه نظر، إذ لا يشترط في كونه عيباً شدته فالأولى كونه بالمهملة فتدبر، وبقي نتن ريح الأنف صرح في «البزازية» لأنه عيب والظاهر أنه يقال: فيه زفر بالمعجمة وريح الإبط بهما **(والزنا وولده)** أي: وكون المبيع ولد الزنا فحذف المضاف والمضاف إليه، كذا في «الحواشي السعدية»، وبه اندفع كون التعبير بالمتولد، كما في «الإصلاح» أولى هذه الأربعة تكون عيباً في الأمة دون الغلام لأنه قد يراد منها الافتراش، وهذه المعاني تمنع منه بخلاف الغلام لأنه للاستخدام **(في الجارية)** وهذه ليست مانعة منه إلا إذا كانت عن داء فتكون عيباً في الغلام أيضاً، لأن الداء عيب كذا في «الهداية»، وعلى هذا فلا بد أن نلتزم أن كونه من تغير المعدة كما مر لا يلزم منه وجود الداء، وإلا فلا فرق بين الأمة والعبد، وفي «فتاوى القاضي» إلا أن يكون فاحشاً لا يكون مثله في عامة الناس.

وفي «السراج» البخر في الجارية عيب سواء كان فاحشاً أو غير فاحش من داء أو من غيره وفي الغلام إن كان من داء فكذلك، وإن لم يكن من داء ولم يكن فاحشاً فليس بعيب وإن كان فاحشاً بحيث يمنع سيده من قربانه فهو عيب، كذا في «الينابيع».

والكفر وعدم الحيض والاستحاضة..

وقيل: البخر في الأمرد عيب، والأصح أن الأمرد وغيره سواء واعلم أن المعاودة في الزنا غير شرط، نص عليه محمد في «الأمالي» وكونه ليس عيباً في العبد محله ما إذا لم عادة له بأن تكرر منه أكثر من مرتين، وفي «الإيضاح»: إذا مدمناً له بحيث ينقطع به عن خدمة المولى يكن عيباً.

تتمة: سكت عن الراطة بالجارية والغلام وقد نقل في «القنية» أنه عيب في الجارية كيف ما كان لأنه يفسد الفراش، أمّا في الغلام فإن كان مجاناً فكذلك، لأنه دليل وإن كان بأجر فلا، وفيها اشترى حماراً تعلوه الحمير ويأتونه في دبره وقعت هذه ببخارى فلم يستقر فيها جواب الأئمة، وقال عبد الملك النسفي: إن طاوع فعيب وإلا فلا، وقيل: عيب انتهى.

فما في «البزازية» التخنث نوعان: أحدهما بمعنى الرديء من الأفعال وهو عيب، والثاني الرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي، فإن قلّ لا يرد وإن كثر رده محمول على في الأول على ما مر، **(والكفر)** يعني عيب في الغلام والجارية علله في «الهداية» بأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة وهذا يقول بأن المشتري لو كان ذمياً لا يرده والمنقول في «السراج» أنه عيب وإن كان ذمياً ولم أره في كلام غيره كيف ولا نفع للذمي بالمسلم لأنه يجبر على إخراجه عن ملكه.

قال في «البحر»: ولم أرَ ما لو وجده خارجاً عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي والرافضي، وينبغي أن يكون كالكافر لأن السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي وأنت خبير بأن الرافضي الذي يسب الشيخين داخل في الكافر لأنه كفر بذلك، **(وعدم الحيض والاستحاضة)** لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة، ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح كذا في «النهاية»، وهو ظاهر في أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع إلى ذكر سببه من الداء أو الحبل وأنه لا يرجع في الحبل والداء إلا إلى قولها لا إلى قول النساء أو الأطباء وجزم في «النهاية» وعليه جرى في «العناية» وغيرها بأنه لا بد من ذكر السبب لأن ارتفاعه بدون هذين لا يعد عيباً، ولو ادعاه في مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند الثاني، وأربعة أشهر عند محمد، وعن أبي حنيفة وزفر سنتان، فإذا سمع القاضي الدعوى سأل البائع أهي كما يقول المشتري؟ فإن قال نعم، يردها على البائع وإن قال: هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال، فإن طلب

....

المشتري يمينه حلف، فإن حلف برئ، وإن نكل ردت عليه، وإن أقام المشتري بينة لم تقبل على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة، وإن أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف؟ عند الإمام لا، وعندهما يستحلف. وذكر في فتاوى «الفضلي»: أنه يرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء إلى الأطباء ويشترط لقيام العيب فيها قول عدلين منهم وما لم يطلع عليه الرجال يثبت بقول امرأة.

قال في «الفتح»: وهذا ينبو عن تقرير «الكتاب» والموافق له ما في «الخانية» اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهراً أو أربعين يوماً قال القاضي الإمام: ارتفاع الحيض عيب وأدناه شهر واحد إذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده إذا ثبت أنه كان عند البائع انتهى، وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يعول عليه، وبه ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع إلى تعيين أنه من حبل أو داء لأنه كونه/ عيباً باعتبار كونه مفضياً إلى الداء لا لأنه لا يكون إلا عن داء، ولذا لم يتعرض فقيه النفس قاضي خان بل يكفي في الخصومة ادعاؤه ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه، فظهر أن ما في «النهاية» من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم يحتاج في توجيه الخصومة إلى قول الأطباء أو النساء ليس تقرير ما في «الكتاب» بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطؤهم، وتعقبه في «البحر» بأن كون قاضي خان لم يتعرض له ممنوع، بل قال في «فتاواه»: اشترى جارية وقبضها ثم قال: إنّها لا تحيض.

[٣٧٤/ ب]

قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: لا تسمع دعوى المشتري إلا أن يدعي ارتفاع الحيض بالحبل أو بسبب الداء، فإن ادعى سبب الحبل سأل القاضي النساء إن قلنا: هي حبلى حلف البائع أن ذلك لم يكن عنده، وإن قلنا: ليست بحبلى فلا يمين وفي معرفة داء بباطنها رجع إلى الأطباء، ثم نقل بعده ما مر لكن الأولى لسماع الدعوى عند القاضي، والثاني لتحقق العيب في نفسه، وأمّا ما نقله من اعتبار الشهر فغير معتبر لأنه مخالف لصريح النقل عن الأئمة الثلاثة ويمكن حمله على رواية أخرى انتهى. ورأيت في «المحيط» أن اشتراط ذكر السبب رواية «النوادر» وعليه يحمل ما في «الخانية» أو لا.

تنبيه: عدم الحيض إنما يكون عيباً إذا أمكن، أمّا إذا كان لكونها .... أو صغيرة فإنه لا يكون عيباً، كذا في «المعراج» ويجب أن يكون معناه إذا اشتراه عالماً بذلك، وفي «المحيط» اشتراها على أنها تحيض فوجدها لا تحيض، إن تصادقا على أنها لا تحيض بسبب الإياس فله الرد لأن هذا عيب لأنه اشتراها للحبل والآيسة لا تحبل.

والسعال القديم والدين والشعر والماء في العين..........................

وفي «القنية»: لو وجدها تحيض كل ستة أشهر مرة كان له الرد، (**والسعال القديم**) لأن دوامه دليل الداء قيد بالقديم لأن المعتاد منه ليس عيباً، كما في «الفتح» وهذا معنى ما في «جامع الفصولين» السعال عيب إن فحش، وإلا فلا (**والدين**) هذا الإطلاق شامل لما إذا كان يطالب به في الحال أو بعد العتق وعليه جرى في «الفتح» إذ بعد ذكره أن الدين مطلقاً عيب، قال: وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين، وهو أنه إن كان ديناً يتأخر إلى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به، كدين معاملة بأن اشترى شيئاً بغير إذن المولى وإن كان في رقبته ولاية بأن جنى في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده إلا أن يقال: وبعد العتق قد يضره في نقصان ولاية وميراثه انتهى.

لكن علل الشارح المسألة بأن ماليته يكون مشغولاً بها وتتقدم الغرماء على المولى وهذا صريح في تخصيصه بما كان في رقبته، وبه صرح مسكين حيث قال: أي الدين الذي يطالب به في الحال لا المؤجل فإنه ليس بعيب، كما في «الذخيرة».

وفي «المحيط»: حين عد العيوب قال: والدين يتعلق بالرقبة، وفي «السراج» إذا كان على العبد دين أو في رقبته جناية كان عيباً، لأنه يجب بيعه فيه ودفعه فيها فتستحق رقبته بذلك، ويتصور هذا فيما إذا أحدث الجناية بعد العقد قبل قبض المبيع، أمّا إذا كانت قبله فبالبيع يصير مختاراً للجناية، فإن قضاه المولى قبل الرد سقط. زاد البزازي وكذا لو أبرأه الغريم، (**والشعر والماء في العين**) قيد فيهما لأنهما يضعفان البصر وربما أورثا ذهابه، وفيه إشارة إلى أن كل مرض في العين عيب، ومنه كما قالوا: السل وكثرة الدمع، والغرب وهو ورم في المآقي وربما سال منه شيء حتى جعله محمد في حال سيلانه من أرباب الأعذار، والستر وهو انقلاب في الأجفان، والخَوص بفتحتين وهو نوع من الحول والقبل في إنسان العين، والجرب والعشى وهو عدم الإبصار ليلاً وكونه أجهر وهو من لا يبصر نهاراً وكون أحد العينين زرقاء والأخرى غير زرقاء، أو أحدهما كحلاء والأخرى غير كحلاء.

والحاصل أن العيوب كما في «التحفة» على نوعين: ما يوجب فوات جزء من المبيع كالعمى والعور والصمم والإصبع الناقصة ونحو ذلك، وفي «الفتح» قطع إصبع عيب، والإصبعان عيبان، والأصابع مع الكف عيب واحد، وما يوجب نقصاناً من حيث المعنى فقط وعليه اقتصر المصنف لظهور المعنى الأول لكن بقي منه النكاح من حيث المعنى فقط، فلو قال البائع: أبانها الزوج أو مات عنها قبل البيع قبل قوله: ولو أقام المشتري بينة على قيام النكاح لم يقبل إلا إذا كان على إقرار البائع بذلك، ولو قال: كان زوجها عبدي فأبانها أو مات عنها وأنكر المشتري ذلك كان له الرد كذا

فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه.....................

في «الخانية»، والعسر وهو من يعمل بيساره فقط إلا إن عمل في اليمين أيضاً كعمر ابن الخطاب، وقلة الأكل في الدواب والكذب والنميمة وترك الصلاة.

[١/٣٧٥] وفي «القنية»: تركها/ في العبد لا يوجب الرد، وفيها لو ظهر أن الدار مشؤومة ينبغي أن يتمكن من الرد لأن الناس لا يرغبون فيها، ولو اشترى حماراً لا ينق فهو عيب، وفي «جامع الفصولين» لو كان مقامراً إن كان يعد عيباً كقمار نرد وشطرنج وغيرها فهو عيب، وكذا السحر عيب فيها لما فيه من الضرر، وشرب الخمر إلا أن يكون على سبيل الكتمان أحياناً والعيوب كثيرة برأنا الله منها. (**فلو حدث عيب آخر عند المشتري**) بفعله أي بفعل أجنبي أو بآفة سماوية، كذا في «جامع الفصولين» وسكت عما إذا كان بفعل البائع يمنع الرد، ويجب الأرش على الجاني ويرجع بحصة العيب من الثمن وقبله بفعل البائع وغيره ويرده بجميع الثمن أو يأخذه وجد به عيباً أو لا، ويطرح عند جناية المعقود عليه.

وفي «القنية»: لو كان بالمبيع أثر قرحة برأت ولم يعلم به فعاودت قرحة وأخبر الجراحون أن عودها بالعيب القديم لم يرد، ويرجع بالنقصان بخلاف ما إذا كان به قرحة فانفجرت عند المشتري حيث يرد لأن الانفجار ليس بعيب حادث انتهى، ومن الحادث ما لو اشترى ما له حمل ومؤنة في بلد ليس له الرد جبر إلا في بلد العقد، ولو أقام البائع بينة أنه حدث عند المشتري وللمشتري بينة أنه كان معيباً عند البائع تقبل بينة المشتري لأنه يثبت الخيار والقول للبائع لأنه ينكر الخيار، كذا في «شرح قاضي خان» (**رجع بنقصانه**) بأن يقوم بلا عيب ثم مع العيب وينظر في التفاوت، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق حتى لو اشتراه بعشرة وقيمته مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشر الثمن وهو درهم، ولو بمائتين وقيمته مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشرين، ولو نقصه عشرين رجع بأربعين.

قال البزازي: وفي المقايضة إن كان النقصان عشر القيمة رجع بنقصان ما جعل ثمناً يعني ما دخل عليه الباء، ولا بد أن يكون المقوم اثنان يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشتري وهو الأهل في كل حرفة، ولو زال الحادث كان له رد المبيع مع النقصان وقيل لا، وقيل: إن كان بدل النقصان قائماً رد وإلا لا، كذا في «القنية» والأول بالقواعد أليق والفرق بين هذا وبين ما لو اشتراه ولم يره حتى سقط خياره فرد عليه بعيب نقصاً حيث لا يعود خياره يدرك بأدنى تأمل، ويستثنى من الرجوع ما لو باعه تولية، والمسألة بحالها فلا رجوع ولا رد لأنه لو رجع صار الثاني أنقص من

أو رد برضا بائعه ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب وإن قبله البائع كذلك له ذلك وإن باعه المشتري........................

الأول، وقضية التولية أن يكون كالأول ذكره الشر[1] وما لو وجد بالمسلم فيه عيباً وقد حدث عنده آخر، فإنه كما قال الإمام: يخير المسلم إليه بين قبوله معيباً بالعيب الحادث وبين أن لا يقبل ولا شيء له من رأس المال ولا من نقصان العيب، لأنه لو غرم النقصان كان اعتياضاً عن الجودة فيكون ربا.

وقالوا: لو اشترى المكاتب أباه أو ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده ولا يرجع بالنقصان، (**أو رد المبيع برضى بائعه**) لأن في الرد إضرار بالبائع لكونه خرج عن ملكه سالماً أي عن الحادث فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى بالضرر، فيخيّر المشتري بين الرد والإمساك من غير رجوع بنقصان وهل المعنى لا يستفاد من الكتب فلو قال: ولم يرجع بنقصان لكان أولى، واعلم أنه يستثنى من هذا الإطلاق ما لو قتل المبيع عند المشتري رجلاً خطأ ثم ظهر أنه قتل آخر عند البائع ثم اطلع على عيب فقبله البائع بالجنايتين لا يجبر المشتري على ذلك، وإنما يرجع بنقصان الجناية الأولى دفعاً للضرر عنه لأنه لو رده على بائعه كان مختاراً للفداء فيهما، وما لو اشترى عصيراً فتخمر بعد قبضه ثم وجد به عيباً لا يرده وإن رضي البائع، وإنما يرجع بالنقصان كذا في «المحيط» وغيره.

(**ومن اشترى ثوباً فقطعه**) تبع المص القدوري في إفراد هذه المسألة وكان حذفها أليق لأنها من أفراد ما مر، أعني ما لو حدث به عيب آخر عند المشتري إلا أنه جعلها توطئة لقوله: فلو قطعه خاطه وعلى هذا فقوله في «الفتح» يعني ولم يخطه مما لا حاجة إليه (**فوجد به عيباً**) كان به عند البائع كما فهمه التعبير يوجد (**رجع بالعيب**) أي: بنقصانه لتعذر الرد جبراً لحدوث العيب الثاني طولب بالفرق بين هذا، وما لو نحره المشتري فوجد أمعاءه فاسدة حيث لا يرجع بالنقصان عند الإمام، وأجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضية للنتن والفساد، ولذا لا يقطع السارق به فاختل معنى قيام المبيع، (**فإن قبله**) أي: الثوب (**البائع كذلك له ذلك**) أي: القبول لأن الامتناع إنما كان لحقه وقد أسقطه والوطء كالقطع بكراً كان أو ثيباً، كما في «الظهيرية». وقدمنا أنه لو كان للعلم بكونها بكراً من غير فعل بعده كان له الرد إن وجدها ثيباً، وفي «البزازية» / تقايضا عبداً بجارية وتقاضيا ووطئ المشتري الجارية ثم وجد بالعبد عيب ورده خيّر بائع الجارية بين أخذ قيمتها يوم قبضها أو أخذها وليس له نقصان الثمن إن بكر أولا العقر إن ثيبا لأن الوطء على ملكه انتهى. [٣٧٥/ ب]

(**وإن باعه المشتري**) أي: أخرجه عن ملكه والبيع مثال فعم ما لو وهبه أو أقر به

---

(١) الكلمة في الأصل هكذا «الشر» ولعل المراد بها الشارح اهـ. الزيلعي صاحب التبيين.

لم يرجع بشيء فلو قطعه أو خاطه أو صبغه أو لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه........

لغيره، وكذا لو باع بعضه بخلاف ما لو أجره أو رهنه كما في «المحيط» ولا فرق في إخراجه بين ما إذا كان بعد رؤية العيب أو قبل، كما في «الفتح» وسواء كان ذلك لخوف تلفه أو لا، حتى لو وجد السمكة المعيبة معيبة وغاب البائع بحيث لو انتظره لفسدت فباعها (**لم يرجع**) أيضاً (**بشيء**) كما في «القنية»، لم يرجع بشيء لأنه صار حابساً للمبيع بالبيع، إذ الرد بالقطع غير ممتنع برضى البائع.

ولذا قلنا: (**لو قطع الثوب**) المشتري لولده الصغير لباساً (**أوخاطه**) ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لأن التمليك منه حصل بمجرد القطع له وهو نائبه في التسليم، ولو كان الولد كبيراً رجع بالنقصان لأنه لم يصر مسلّماً إليه إلا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه، وامتناع الوجوب سبب الزيادة التي هي الخياطة قبل إخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرجه عن ملكه بالبيع أو لا في جواز الرجوع بالنقصان، وهذا معنى ما في «الفوائد الظهيرية» الأصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائماً على ملك المشتري ويمكنه الرد برضى فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان، وكل موضع يكون المبيع قائماً على ملكه ولا يمكنه الرد وإن رضي البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان.

وفي هبة «البزازية» اتخذ لولده الصغير ثياباً ليس له أن يدفعها لغيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية بأن أشهد وقت الاتخاذ أنها عارية، فلو قطعه، أي: قطع المشتري الثوب وخاطه (**أو صبغه**) أطلقه وقيده في «الغاية» بالأحمر وعليه جرى الحدادي فإن صبغه أسود، فكذلك عندهما لأنه زيادة عند أبي حنيفة نقصان فيكون للبائع أخذه على الإطلاق، جرى العيني وغيره فقال: بأي صبغ كان (**أو لت السويق**).

قال في «المصباح»: لت السويق لتاً من باب قتل به بشيء من الماء انتهى. نبه بذلك على أن اللت مطلقاً هو البل بالماء ولذا قال: بسمن إذ الكلام في الزيادة في المبيع أو غرس في الأرض أو بنى أو طحن الحنطة أو شوى اللحم أو خبز الدقيق.

قال في «الفتح»: وفي كون الطحن والشيء من المتصلة تأمل (**فاطلع على عيب رجع**) على البائع (**بنقصانه**) لامتناع الرد بالزيادة، إذ الفسخ إمّا أن يرد على الأصل وحده أو معها لا سبيل إلى الأول لعدم انفكاكها عنه، ولا إلى الثاني لأن العقد لم يرد عليها، فكذا الفسخ ولو أخذه مكان ربا فتعين الرجوع بالنقصان بأن قيد بغير المتولدة لأن المتولدة من الأصل كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا يمنع الرد في ظاهر الرواية لتمحضها تبعاً للأصل فكان الفسخ لم يرد إلا عليه، وبقي المنفصلة

كما لو باعه بعد رؤية العيب أو مات العبد أو أعتقه..........

يقسمها، ولا شك أن غير المتولدة منه لا تمنعه بحال فيفسخ العقد في الأصل دون الزيادة، لذا المتولدة منه فتمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال، فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعاً، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، وأمّا بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، فإذا كانت قيمة المبيع ألفاً، وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة كذا في «الفتح». وجزم في «البحر» بأنه سهو لأنه إذا كان قبل القبض له ردهما وبعده له رد المبيع خاصة فأنّى تمنع الرد؟

وأقول: هذا هو الساهي إذ معناه يمنع رد الأصل وحده بخلاف غير المتولدة وقد أفصح عند ذلك في «العناية» حيث قال: وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجاناً بخلاف الولد، والفرق أن الكسب ليس بمبيع بحال ما لأنه تولد من المنافع غير الأعيان والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع، فلا يجوز أن يسلم له مجاناً لما فيه من الربا والتفضيل بين كونه قبل القبض أو بعده، مذكور في «البزازية» وغيرها **(كما)** أي: كما يرجع بالنقصان **(لو باعه)** في هذه الصورة **(بعد رؤية العيب)** لامتناع الرد قبله فلم يصر به حابساً للمبيع وقد مر إيضاحه، **(أو مات العبد)** لأن الملك انتهى به والامتناع حكمي لا بفعله، ولا فرق في هذا بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبله ولو قال: أو هلك المبيع لكان أفود إذ لا فرق بين الآدمي وغيره، ومن ثم قال في «الفصول»: ذهب به إلى بائعه ليرده بعينه فهلك في الطريق هلك على المشتري ويرجع بنصفه.

وفي «القنية»: اشترى جداراً مائلاً فلم يعلم به حتى / سقط فله الرجوع بالنقصان، [٣٧٦/أ] **(أو أعتقه)** لأنه إنهاء للملك فصار كالموت وهذا الإطلاق مقيد بما إذا لم يعلم بالعيب، أمّا إذا علم به كان العتق رضى فلا يرجع بشيء والتدبير والاستيلاد كالعتق لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي، والكتابة كالإعتاق على مال لحصول العوض فيها كالبيع، كذا في «الشرح».

وفي «السراج» لو كاتبه وأدى بدل الكتابة وعتق ثم اطلع على عيب لا يرجع بشيء، وهو ظاهر في أن مجرد الكتابة من غير أداء البدل غير مانع من الرجوع وفيه نظر، وسيأتي ما يرشد إليه قال الشر: ولو عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزوال المانع، كما لو اطلع على عيب في العبد الآبق لا يرجع بشيء لأن الرجوع خلف عن

فإن أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاماً فأكله..........................

الرد فلا يصار إلى الخلف مادام حياً، فإذا رجع رده لزوال وبه اندفع ما في «السراج» من تقييد الكتابة بأداء بدلها ليصير كالعتق على مال، إذ لو صح هذا لما تصور عجزه كما لا يخفى.

وقدمنا ما لو اشترى المكاتب أباه أو ابنه ثم اطلع على عيب لأنه مكاتب عليه فلا يتمكن من إخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان، وهذا يؤيد النظر السابق ولو عجز يرده المولى ويتولاه المكاتب لأنه هو المشتري فكأن حقوقه إليه، إلا إذا مات المكاتب فيرده المولى، ولو أبرأه المكاتب قبل العجز لا يرده المولى، وإن أبرأه المولى قبل عجز المكاتب جاز، ولو اشترى المكاتب أم ولده ومعها ولدها لا يردها بالعيب ويرجع بنقصانه، ولو أبرأه المكاتب جاز ولو اشترى من مكاتبه عبداً لا يرده بالعيب ولا يخاصم بائعه، كذا في «المحيط».

تتمة: وقف المشتري الأرض ثم علم بالعيب رجع بالنقص وفي جعلها مسجداً اختلاف، والمختار الرجوع بالنقص، كما في «جامع الفصولين». وفي «البزازية» وعليه الفتوى، وما رجع به يسلم إليه لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف انتهى. (**فلو أعتقه على مال**) لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وليس المراد به قبضه إذ من صوره ما لو قال: إذا أديت إليَّ ألفاً في شهر كذا فأنت حر، (**أو قتله**) أي: قتل المبيع هذا أعني عدم رجوعه بشيء هو ظاهر الرواية عن أصحابنا، وعن أبي يوسف قيل ومحمد أنه يرجع لأن هذا القتل لم يتعلق به حكم دنيوي فكان كالموت وجه الظاهر أن القتل لم يعهد شرعاً إلا مضموناً، وإنما سقط عن المولى بسبب الملك فصار كالمستفيد به عوضاً وهو سلامة نفسه عن القتل إن كان عمداً، أو الدية إن كان خطأ فكان كأنه باعه حتى لو كان مديوناً ضمنه، كما في «الكافي».

(**أو كان**) المبيع (**طعاماً فأكله**) عند الإمام وقالا: يرجع بالنقصان وهو قول الأئمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف لبس الثوب ثم اطلع على غيب لهما أنه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فأشبه الإعتاق، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع، وفي «الخلاصة»: الفتوى على قولهما، وبه أخذ الطحاوي لكن جعل صاحب «الهداية» قوله استحساناً مع تأخيره ولجوابه عن دليلهما يقرر مخالفته في كون الفتوى على قولهما، وفي «جامع الفصولين»: شرى بعيراً فلمّا أدخله داره سقط فذبحه رجل بأمر المشتري فظهر عيبه يرجع بنقصه عندهما، وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاماً ولو لم يعلم بعيبه قبل الذبح فذبحه هو أو غيره بأمره لا يرجع، ولو اشترى براً على أنه ربيعي فزرعه، فظهر أنه خريفي اختار المشايخ أنه يرجع بنقص

أو بعضه لم يرجع بشيء ولو اشترى بيضاً أو قثاء أو جوزاً ووجده فاسداً ينتفع به رجع بنقصان العيب وإلا بكل الثمن..............................

العيب وهو قولهما بناء على ما لو اشترى طعاماً فأكله فظهر عيبه والفتوى على قولهما.

وفي «القنية» باع منه زكاء للبذر وقال: ازرعه فإن لم ينبت فأنا ضامن لهذا البذر فزرع فلم ينبت فعليه ضمان النقصان انتهى. (أو) أكل (**بعضه لم يرجع بشيء**) هذا قول الإمام أيضاً، وعنهما روايتان في رواية رجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي وفي أخرى يرد ما بقي لأن الطعام لا يضره التبعيض، فكان قادراً على الرد فيما أخذه ويرجع بالنقصان، فيما أكل. وفي «المجتبى»: وبه يفتى ولو أطعمه ابنه الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتباً وضيفه لا يرجع بشيء، ولو عبده أو مدبره أو ولده يرجع لأن ملكه باقٍ ولو اشترى دقيق الخبز بعضه ثم ظهر أنه مرٌّ رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار، ولو كان سمناً ذائباً فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقع فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى كذا في «الفتح».

(**ومن اشترى بيضاً أو جوزاً**) أو فستقاً أو بندقاً أو نحو ذلك فوجده، أي: أصابه حال كونه فاسداً بأن كسره وفيه إيماء إلى أنه لو علم بعيبه من غير كسر كان له الرد فلو كسره بعد العلم بالعيب لا يرد لأنه صار راضياً به، وبه اندفع ما في «البحر» من أنه لا بد من تقييد المسألة بكسره ينتفع به مع فساده بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف، ولا خفاء أن بعض الفقراء يأكل البعض الفاسد، فاندفع قول العيني هذا لا يتصور في البيض لأن قشره لا قيمة له رجع بنقصان العيب لأن الكسر عيب حادث إلا إذا رضي به البائع هذا إذا لم يتناول منه شيئاً، فإن تناول بعد ما ذاقه لم يرجع بشيء قيد بكونه وجد المبيع/ فاسداً لأنه لو وجد البعض منه فاسداً فإن كان قليلاً جاز [٣٧٦/ ب] البيع، وإن كان كثيراً بطل عنده في الصحيح، وجاز عندهما في حصة الصحيح منه.

وفي «النهاية» الأصح قولهما لأن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة، كذا في «الهداية» وهو ظاهر في أن الواحد في العشرة كثير، وبه صرح في «القنية»، وقال السرخسي: الثلاثة عفو يعني في المائة.

وفي «البزازية» كسر بعض الجوزات (**فوجده فاسداً**) لا (**ينتفع به**) وله قيمة عند الناس (**يرجع بنقصان العيب**) فيما كسر ولا يرد المكسور (**وإلا**) أي: وإن لم ينتفع به بأن كان البيض منتناً والقثاء مراً والجوز خاوياً، وما في العيني أو ...[1] ففيه نظر لأنه يأكله الفقراء رجع (**بكل الثمن**) تبين بالكسر أنه ليس بمال فكان البيع باطلاً قيل:

(١) بياض في الأصل.

ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه........

هذا صحيح في الجوز الذي لا قيمة لقشره، أمّا إذا كان له قيمة بأن كان في موضع يباع فيه قشره يرجع بحصة اللب فقط، وقيل: يرده ويرجع بكل الثمن لأن ماليته باعتبار اللب وظاهر «الهداية» يفيد ترجيحه، وكذا في البيض أمّا بيض النعامة إذا وجده فاسداً بعد الكسر فإنه يرجع بنقصان العيب.

قال في «العناية»: وعليه جرى في «الفتح» وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعاً قال ابن وهبان: وينبغي أن يفصل بأن يقال هذا في موضع يقصد فيه الانتفاع إلا بالمخ بأن كان في برية والقشر لا يتنقل كان كغيره قال الشيخ عبد البر: ولا يخفى عليك فساد هذا التفصيل فإن هذا القشر مقصودٌ بالشراء في نفسه ينتفع به في سائر المواضع، وما ذكره لا ينهض لأن هذا قد يتقعض في كثير مما اتفقوا على صحة بيعه ولا يكون ذلك موجباً لفساد البيع، **(ولو باع)** المشتري **(المبيع فرد عليه بعيب بقضاء)** بإقرار أنه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو عند المشتري الآخر أو بينه على ذلك أو بنكول عن اليمين عن العيب، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبته بالبينة، كذا في «الهداية»، ولو قال بعد الرد عليه: لا عيب فيه لا **(يرده)** على البائع الأول اتفاقاً، كما في «الفتح».

وفي «البزازية» ولو علم البائع بالعيب له أن لا يقبل بغير قضاء لتمكنه من الرد **(على بائعه)** قيل: بقوله فرد لو اطلع على عيب قديم وحدث عنده آخر فرجع بنقصان العيب القديم لا يرجع على بائعه بنقصان العيب القديم عند الإمام، وعندهما يرجع، كذا في «البحر» معزياً إلى الإسبيجابي ورده على بائعه لا فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء إلا إذا حدث به عيب آخر عنده فإنه يرجع بالنقصان، كما في «التهذيب»، وهذا الإطلاق قيده في «المبسوط» بما إذا ادعى المشتري العيب عند البائع الأول، أمّا إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأول ولم يشهد أنه كان عند البائع الأول ليس للمشتري الأول أن يرد عليه إجماعاً، كذا في «الفتح» تبعاً «للدراية».

وفي «البزازية» معزياً إلى «الجامع»: جدد البائع مع المشتري ثانياً بأقل من الثمن الأول أو أكثر ثم رد عليه بعيب لم يكن له أن يرده على بائعه الأول، وبقي قيد ثالث: هو أن يكون البيع قبل الاطلاع على العيب القديم، أمّا بعده فليس له الرد على بائعه ولو كان الرد عليه بقضاء، كذا في الفتوى. ومعنى الرد عليه أن له أن يخاصمه بذلك لأن الرد عليه يكون رداً على بائعه بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب

ولو برضا لا ولو قبض المشتري المبيع وادَّعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه ....

بقضاء ببينة أو بإباء يمين أو بإقرار من المأمور حيث يكون رداً على الموكل كذا في «الجامع»، لأن البيع واحد وفيما نحن فيه بيعان، وقيده فخر الإسلام بعيب لا يحدث فيرده بالبينة أو بإباء اليمين ولا يرده المأمور بالإقرار لأن إقرار المأمور لا يسمع على الآمر، فإذا كان لا يسمع فيما لا يحدث مثله ففيما يحدث بالأولى، ولو كان بغير قضاء اقتصر عليه وأن لا يحدث مثله هو الصحيح، كما في «البزازية».

وفي «الولوالجية»: رد عليه بلا قضاء لزمه دون الموكل هو الصحيح، وينبغي أن يكون معنى الإقرار المذكور في «الجامع» ما مر من أنه الإقرار فأثبته بالبينة لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء فلا ينافيه ما قاله فخر الإسلام وغيره من أنه لا يرده بإقرار الوكيل ولو كان الرد برضى لا، أي: لا يرده على بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث، وإن كان فسخاً في حقهما والأول ثالثهما أطلقه فعم ما لا يحدث مثله في المدة وهو قول العامة، والمسألة مقيدة بما إذا كان ذلك بعد القبض فيرده (**ولو برضى**) وبغير الصرف.

أمّا في الصرف فإنه يرده بغير قضاء عليه، تفرع ما في «المنتقى» اشترى ديناراً بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيباً ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يرده على بائعه، لمعنى هو أن المبيعين حينئذٍ يكونان معدومين لأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع بخلاف المبيعين في غير النقود كمسألة «الكتاب» فإنهما موجودان وعلى هذا فإطلاق / الكتاب بالنسبة إلى موضوع المسألة غير محتاج إلى هذا القيد، كذا في «الفتح» قيد بخيار العيب لأنه لو رد على المشتري بخيار رؤية أو شرط فإنه يرده على بائعه ولو بغير قضاء. [١/٣٧٧]

(**ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيباً**) كان عند بائعه (**لم يجبر على دفع الثمن**) لأنه لو أجبر لربما أثبت العيب فيسترده وفيه نقص للقضاء فلا يصار إليه حتى يتبين الأمر، ولم أرَ ما لو كان البيع مقايضة فوجد المشتري بالمبيع عيباً ولم يقبض ما دخل عليه ...[1] هل يجبر على دفعه أو لا؟ (**ولكن يبرهن**) المشتري أي: يقيم البينة (**أو يحلف**) بسكون (**بائعه**) هذا ظاهر في أنه إذا أقام المشتري البينة مع وجود العيب عنده أو حلف البائع أجبر على الدفع، وليس مراد لأنه من إقامة البينة على وجوده عند المشتري وعند البائع ومن ثم قال الشر وقوله ولكن يبرهن، أي: يقيم البينة لإثبات العيب وطريقه ما قلنا: بقي أن قوله أو يحلف بائعه إنما يأتي عند العجز عن الأولى على قولهما، أمّا على قوله فلا في الصحيح عنه لأنه لا ينتصب خصماً إلا بعد إثبات قيامه عند المشتري.

(١) بياض في الأصل.

وإن قال شهودي بالشام: دفع إن حلف بائعه فإن ادَّعى إباقاً........................

وقوله في «البحر»: وتحليف البائع في المسألتين إنما هو فيما إذا أقر بقيام العيب به ولكن أنكر قدمه مما لا دليل في كلامه عليه، وقد ظهر لي أن موضوع هذه المسألة في عيب لا يشترط تكراره كالولادة. فإذا ادعاه المشتري ولا برهان له حلف بائعه، وقوله بعد ولو ادعى إباقاً بيان لما يشترط تكرره وإلا كان الثاني حشواً فتدبره فإني لم أرَ من عرّجَ عليه.

واعلم أن المصنف عدل عن قول صاحب «الهداية» لم يجبر حتى يحلف البائع أو يقيم البينة لأن ظاهره غير صحيح، وهذا لأنه جعل غاية عدم الإجبار إمّا تحليف البائع، أو بينة المشتري وكلاهما غير صحيح، أمّا الثاني فظاهر، وأمّا الأول فلأن معناه يطلب منه الحلف ولا يلزم منه حلفه ليترتب عليه عدم جبره لجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر هذا حاصل ما في «الفتح». واقتصر في «العناية» على الثاني وهو الظاهر بناء على أن يحلف من الحلف لا من التحليف، أجابوا بأنه من باب علفتها تبناً وماء بارداً، أو أن التقدير حتى يظهر وجه الحكم أي حكم الإجبار وعدمه، أو بأن الانتظار مستلزم لعدم الإجبار وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية قال في «العناية»: والحق أن الاستثناء إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم.

قال في «الحواشي السعدية»: فيه بحث فإن مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به في «التلويح» خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين، قال يعقوب باشا: والأولى في التوجيه أن يقال: إنّ هذا من قبيل اللف والنشر التقديري تقديره لم يجبر على دفع الثمن ولا يكون له حق الرد حتى يحلف بائعه، أو يقيم بينة كما ذكره صاحب «الكشاف» في تحقيق قوله تعالى: ﴿يوم يأتي بعض آيات ربك لا ينفع نفساً إيمانها لم تكن آمنت من قبل أو كسبت في إيمانها خيراً﴾ [الأنعام:١٥٨] حيث قال: إنّه من قبيل اللف والنشر التقديري والمعنى لا ينفع نفساً إيمانها ولا عملها لم تكن آمنت من قبل أو كسبت في إيمانها خيراً انتهى.

(**فإن قال**) المشتري: (**شهودي بالشام**) أي: غيب عن المصر والشام مثال (**دفع**) الثمن (**إن حلف بائعه**) لأن في الإنظار ضرر بالبائع وليس في الدفع كبير ضرر على المشتري لأنه على حجته متى أقام البرهان عليها قبلت، ولو قال: أحضر بينتي إلى ثلاثة أيام أجله ولو قال: لا بينة لي فحلف البائع ثم أتى بها تقبل عند الإمام، خلافاً لمحمد كذا في «الفتح».

(**فإن ادعى إباقاً**) ونحوه مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما كالبول

لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك قط

في الفراش والسرقة والجنون (**لم يحلف البائع**) إذا أنكر قيامه للحال (**حتى يبرهن المشتري أنه آبق عنده**).

أمّا لو اعترف بقيامه للحال فإنه يسأل عن وجوده عنده، فإن اعترف به رده عليه بالتماس من المشتري، وإن أنكر طولب المشتري بالبينة على أن الإباق وجد عند البائع فإن أقامها رده وإلا حلف بالله لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط، (**فإن برهن**) المشتري قيامه للحال حلف البائع، وإن لم يبرهن ولم يقر البائع فعند الإمام لا (**يحلف**) خلافاً لهما، وقد مر (**بالله ما أبق عندك قط**) قال الشارح: والأحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من هذا الوجه الذي ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لأنه يحتمل أنه باعه وقد أبق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه انتهى. وأبهم الغير ليعم ما لو كان عند مورثه أو واهبه أو مودعه أو مستأجره أو من الغاصب لا إلى منزل مولاه مع معرفته له والقدرة على الرجوع له على مر إلا أن كون حذف الظرف أحوط بالنظر إلى المشتري مسلم لا بالنظر إلى البائع إذ يجوز أنه أبق عند الغاصب ولم يعلم منزل المولى ولم يقدر عليه، وقد مر أنه ليس بعيب فالأحوط بالله ما يستحق عليك الرد إلخ وما بعده.

وفي «البزازية» والاعتماد على المروي عن الثاني بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفاً على الحاصل انتهى. ولا يحلف بالله لقد باعه وما به العيب لأن فيه ترك النظر/ للمشتري لجواز حدوثه بعد البيع قبل التسليم [٢٧٧/ ب] فيكون باراً مع أنه يوجب الرد، وكذا لا يحلفه لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين عند قيامه في أحد الجانبين وهذا من باب الاحتياط، وإلا فهذا التأويل لا يخلصه عند الله تعالى بل هذا يمين غموس.

ومن ثم قال السرخسي: الأصح عندي أنه يجوز أن يحلف كذلك قيل كيف يحلف على البات مع أن فعل الغير والتحليف فيه إنما يكون على العلم؟ وأجيب بأنه على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما التزمه، قاله السرخسي: وقيل محله ما لو ادعى أنه لا علم له به أما لو ادعى الحالف العلم به كما هنا حلف على البتات، ألا ترى أن المودع لو ادعى قبض ربها لها حلف على البتات لادعائه العلم بذلك؟ وإن كان القبض فعل الغير.

قال في «الفتح»: وهذا أوجه لأن معنى تسليمه سليماً سلمته، والحال أنه لم يفعل السرقة عندي فيرجع إلى الحلف على فعل الغير، ثم قال: ومما تطارحناه أنه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم

والقول في قدر المقبوض للقابض..

للبائع بذلك فادعى المشتري بذلك وأثبته يرد له، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم، وكذا في كل عيب يرد في تكرره انتهى. وظن في «البحر» أن المتطارح هو رده بهذا العيب فقط فنقل عن «القنية» أنه يرد به ثم قال: وظاهر ما في «فتح القدير» أنه لم يطلع هو وأصحابه على نقل فيها لأنه قال: إنّه مما تطارحناه انتهى.

وأقول: المطارحة هي تحليفه على عدم العلم أخذاً من قولهم إنما يحلف على البتات لادعائه العلم، به والغرض هنا أنه لا علم له به فتدبره.

تتمة: بقي من أنواع العيوب ما يكون ظاهراً لا يحدث مثله أصلاً أولاً من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالإصبع الزائدة والناقصة والعمى فيقضي فيها بالرد إذا طلب المشتري بلا يمين للتيقن به في يدهما إلا أن يدعي البائع سقوطه برضى البائع أو العلم به عند الشراء أو الإبراء منه، فإن أثبته بالبينة أو الإقرار فيها وإلا حلف المشتري، فإن حلف رده، وإن نكل امتنع الرد. والثالث: ما لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد و الطحال فإن اعترف به عندهما رده، وكذا إذا أنكره فحلفه المشتري وأقام البرهان عليه إلا أن يدعي الرضا فعلى ما مر وإن أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط فإن قالا به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده إلا إذا كان القاضي من الأطباء فينظر بنفسه، كما في «البزازية» ونظر أمينه كهو، كما في «الينابيع». الرابع: ما لا يطلع عليه إلا النساء كالرتق والبكارة فعلى هذا الذي مر إلا أنه إذا أنكر قيامه في الحال رأيت النساء والواحدة الثقة تكفي فإذا قالت: هي ثيب وقد اشترى بكراً ردت عليه بقولها عندهما.

فـــروع

اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع لأنه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء، كذا في «شرح قاضي خان». وفي «الدراية»: أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه شيئاً يسقطه لا يحلف، وعند الثاني يحلف صيانة للقضاء وأكثر القضاء يحلفون بالله وأسقط في حقك في الرد بالعيب من الوجه الذي تدعيه قضاء ولا دلالة وهو الصحيح، وأحبّ أن يستحلفه وإن لم يدعِ البائع وإن ادعاه حلف اتفاقاً وهذا أحد المواضع التي يستحلف فيها الخصم بدون طلب المدعي، والثاني: المرأة إذا طلبت النفقة في مال الغائب والثاني الشفعة نص على ذلك في «الخلاصة» وغيرها.

(**والقول في قدر المقبوض**) من المبيع (**للقابض**) لأنه هو المفكر بأن اشترى جارية بثمن وتقايضا فوجد بها عيباً فقال البائع: بعتك هذه وأخرى معها وقال

ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيباً أخذهما أو ردهما.........

المشتري: بعينها وحدها، ولو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض، فكذلك كما في «الهداية» وعلى هذا فلو حذف المص القدر لكان أولى وشمل كلامه «الكافي» لو قال المشتري بعد قبض المبيع موزوناً: وجدته ناقصاً إلا إذا سبق منه إقرار بقبض مقدار معين، كما في صلح «الخلاصة».

وفي «الظهيرية» اشترى عبدين أحدهما بألف حالة، والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقتين فرد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال البائع: رددت مؤجل الثمن وقال المشتري: بل معجله فالقول للبائع سواء هلك ما في يد المشتري أو لا ولا تحالف ولو اختلفا في الثمنين فادعى البائع أن الثمن المردود كذا وعكس المشتري فالقول للمشتري، ولو اختلفا في تعيين الزق فالقول للمشتري ولو في طول المبيع وعرضه فالقول للمشتري انتهى.

وفي «العمادية» جاء ليرد المبيع بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه بخلاف ما لو رده بخيار عيب فإن القول للبائع وتقبل بينة القابض مع قبول قوله لإسقاط اليمين كالمودع يدعي الرد أو الهلاك، كذا في صرف «الذخيرة». قال في «البحر»: وذكر لقبولها فائدة أخرى هي الوكيل بالصرف لو رد عليه الدينار بعيب / فأقر به وقبله كان عليه لا على الموكل فإن أقام مشتريه بينة على أنه هو الذي قبضه من الوكيل قبلت لإسقاط اليمين عنه ولرجوعه إلى الموكل فليحفظ انتهى. [١/٣٧٨]

وأقول: قد علمت فيما مر أنه في الصرف لو رد عليه الدينار بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه فسووا فيه بين القضاء والرضا، وعلى هذا فينبغي هنا أن يكون الرد على الوكيل رداً على الموكل، والفرق ما مر فتدبره. (**ولو اشترى عبدين صفقة**) بأن سمى لهما ثمناً واحداً (**فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيباً**) سواء كان هو المقبوض أو غيره (**أخذهما أو ردهما**) لأن في أخذ السليم فقط تفريقاً لها قبل التمام لأن تفريقها قبل القبض كتفريقها في نفس العقد، إذ القبض له شبه بالعقد لما أنه يثبت ملك التصرف، كما أن العقد يثبت ملك التصرف كما أن العقد يثبت ملك الرقبة، ومعنى المسألة أنه لم يعلم بالعيب إلا بعد القبض.

أمّا لو علم به قبله فقبض المعيب لزماه ولو كان معيبين فقبض أحدهما ردهما جميعاً لأنه لا يمكن إلزام البيع في المقبوض دون الآخر لما هو فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا إسقاط حقه في غير المقبوض لأنه لم يرضَ به، ولو أعتق السليم أو باعه بعد قبضه لزمه الآخر كيلا يتفرق الصفقة على البائع كذا في «المحيط»، وهذا

ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المعيب وحده ولو وجد ببعض الكيلي أو الوزني عيباً رده كله أو أخذه..

إذا كان العيب في غير المقبوض بلا خلاف. أمّا إذا كان في المقبوض فعن الثاني أنه يرده خاصة لتمام الصفقة فيه، والصحيح أنه لا فرق لأن تمامها تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله قيد باتحاد الصفقة لأنها لو تعددت بأن سمى لكل واحد ثمناً كان له رد المعيب، (**ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المبيع وحده**) لأن تفريقها بعد التمام جائز شرعاً، ألا ترى أنه لو استحق أحدهما بعد القبض ليس له رد الآخر بل إنما يرجع بحصته فقط قيد بخيار العيب لأنه ليس له رد أحدهما بخيار الشرط والرؤية لعدم تمامها معهما ولو بعد القبض.

وفي موضع المسألة في العبدين إيماء إلى أن الكلام فيما ينتفع به وحده، أمّا ما لا ينتفع به وحده كقفلين أو خفين أو مصراعي بابه فإنه بعد القبض يردهما أو يمسكهما إجماعاً، وجعل مشايخنا من ذلك لو اشترى ثورين ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض فإنه لا يملك رد المعيب وحده، كذا في «الإيضاح» وغيره. وجعل من ذلك أيضاً في «المحيط» ما لو اشترى نخلاً فيه ثمر فجزه ثم وجد بأحدهما عيباً لا يرده، بل يردهما لأنهما كشيء واحد لأن الثمر بعد النخل، بخلاف ما لو اشترى خاتماً فيه فص وقلع الفص لا يرد بواحد منهما فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض كان له أن يرد المعيب منهما، وكذا السيف المحلى والمنطقة.

(**ولو وجد ببعض الكيل**) كالحنطة والتمر (**أو الوزن**) كالسمن والزعفران (**عيباً رد كله أو أخذه**)، هذا مقيد بقيدين: الأول أن يكون من نوع واحد لأنها مع اتحاد النوع لشيء واحد حكماً وتقديراً لما أن تقومهما باعتبار الاجتماع فلو له أن يأخذ البعض كالثوب، كذا في «الشرح».

وفي «فتح القدير» قيل: هذا إذا كان وعاء واحداً، أمّا إذا كانا وعاءين فإنه يرد المعيب خاصة لأن رد أحدهما بعينه هنا لا يوجبه زيادة عيب، كذا ذكره فخر الإسلام، قال أبو الليث: هذا قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة، وقد روى الحسن عنه في «المجرد» أن رجلاً لو اشترى أعدالاً من ثمر فوجد بعدل منها عيباً فإن كان الثمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لأنه بمنزلة شيء واحد.

وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد أنه لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع رد المبيع خاصة إلا أن يكون

ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوباً خير ....

هذا، والآخر سواء، فإمّا أن يرد كله أو يتركه كله فقد رأيت كيف جعل الثمر أجناساً مع أن الكل جنس الثمر، فعلى هذا يتقيد الإطلاق أيضاً في نحو الحنطة فإنهما جنسان يتفاوتان في السمن والعجين ويتقيد إطلاق فخر الإسلام أن في الأعدال يرد المعيب خاصة بل ذلك إذا كان ما في الأعدال من غير ذلك الجنس. أمّا إذا كانت الأعدال من جنس واحد فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وإن كثرت لجريان ما ذكر من وجه رد المعيب وحده فيها انتهى.

أقول: في تقييد إطلاق فخر الإسلام بهذا نظر إذ بتقديره يرتفع الخلاف في رد المعيب فقط مع اختلاف الجنس، فظاهر كلامهم أنه لا فرق حينئذ بين كونه في وعاء واحد أو وعاءين فلم يبق مما جرى فيه الخلاف غير الاتحاد وعلى هذا جرى الشراء قال بعد أن قيل المسألة باتحاد النوع، وقيل: إذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبدين نعم اختاره في «الخانية» مقتصراً عليه إلا أن الأظهر جعله مع الاتحاد كشيء واحد مطلقاً كما في «العناية» / . [٣٧٨/ ب]

الثاني: أن يكون بعد القبض قيد به في «الهداية» وعليه فيفترق الحال بين المثليات والقيمات لأنه لو كان قبله يرد الكل ويأخذ الكل لا فرق بين كونه مثلياً أو قيمياً، (**ولو استحق بعضه**) أي: بعض أو الوزن (**لم يخير المشتري في رد ما بقي**) على البائع بل يلزمه في ظاهر الرواية لأن التشقيص لا يضره والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة، وروى الحسن أنه يخيّر هذا بعد القبض، أمّا قبله فيخيّر وقبض أحدهما لا يعد قبضاً، كما في «المحيط».

(**ولو ثوباً خير**) لأن التشقيص يضره في المالية والانتفاع بخلاف المثلي والاستحقاق ليس بعيب حادث عند المشتري لوجوده وقت البيع، وإنما تأخر ظهوره وأراد بالثوب القيمي فعم العبد والدار كما في «النهاية»، وينبغي أن تكون الأرض كذلك. وفي فصل الاستحقاق من «جامع الفصولين» شرى داراً مع بنائه فاستحق البناء قبل قبضه قالوا: يخير المشتري بين أخذ الأرض بحصته من الثمن أو الترك ولو بعد القبض يأخذ البناء بحصته ولا خيار له والشجر كالبناء ولو احترقا أو قلعهما ظالم قبل القبض أخذهما بجميع الثمن أو ترك، ولا يأخذ بالحصة بخلاف الاستحقاق، وقال قبله: شرى داراً فاستحقت عرصتها ونقضت البناء فقال: أنا بنيتها فارجع على بائعي وقال بائعه: بعتها مبنية فالقول للبائع.

وفي «العناية» تنبه لكلام المص تجد حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض في جميع الصور يعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما وتجد حكمها بعد

والللبس والركوب والمداواة رضاً بالعيب لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن..........

القبض كذلك إلا في المكيل والموزون (**واللبس والركوب**) أي: ركوب المبيع لحاجة (**والمداواة**) أي: مداواته من عيب لم يبرأ منه، أمّا لو برأ البائع فداواه وبه عيب آخر لا يكون (**رضى**)، كما في «الولوالجية».

وجوز العيني أن يراد المداواة به رضى (**بالعيب**) لأنه دليل الاستبقاء،، ودل كلامه أن كل تصرف من المشتري يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأرش، فمن ذلك أيضاً العرض على البيع والإجارة واللبس والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط بالمرة الثانية، كذا في «الفتح»، ويستثنى من العرض الدراهم إذا وجدها زيوفاً فعرضها على البيع فإنه لا يكون رضا، كما في «البحر».

وفي «المبسوط»: الاستخدام لا يكون رضا استحساناً لأن الناس يتوسعون فيه وهو للاختيار وفي «البزازية» الصحيح أنه رضى في المرة الثانية إلا إذا كان من نوع آخر، وفي «الصغرى» أنه مرة واحدة ليس رضى إلا إذا كان على كره من العبد (**لا الركوب**) أي: لا يكون الركوب (**للسقي أو للرد**) على البائع (**أو لشراء العلف**) رضا بالعيب. أمّا الركوب فلأنه سبب الرد لما أنه أضبط للدابة، ولذا لم يفرق فيه بين كونه له منه بد أو لا، وأمّا للسقي وشراء العلف فمقيد بما إذا لم يجد منه بداً إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد، أمّا إذا كان يجد منه بداً لانعدام ما ذكرنا يكون رضا كذا في «الهداية». وفي «الخلاصة»: لو حمل علف دابة أخرى فهو رضىً ركبها أو لم يركبها قيد بالركوب لهذه لأنه لو ركبها لينظر إلى سيرها أو لبس ثوباً لينظر إلى قده فهو رضا، وفي «جامع الفصولين»: ادعى عيباً في حمار فركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جانباً فله الرد.

وفي «الفتح»: فرع: وجد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على حمل حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره فهو معذور، (**ولو قطع**) العبد (**المقبوض**) بيد المشتري (**بسبب**) كان (**عند البائع**) أو غيره على ما مر (**رده واسترد الثمن**) عنده وقالا: إنما يرجع بالنقصان بأن يقوم عبداً وجد عليه القطع وعبداً لم يجب عليه بإزاء النقصان من الثمن، ولا يخفى ما في جواب المسألة من الإلباس إذ يفيد بظاهره أنه ليس له غير هذا الأمر مع أن المنقول في «شرح الطحاوي» أنه لو اختار إمساك المبيع رجع بنصف الثمن عنده، وعندهما بنقصان العيب إلا أن يرضى البائع فيرجع بجميع الثمن.

قال في «الفتح»: وعبارة «الهداية» أحسن فإنه قال: فله أن يرده ويأخذ الثمن

ولو برئ من كل عيب صح........................

فإنها لا تمنع أن له شيئاً آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا إلا إذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقاً عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الغرض أن الخلاف ثابت في الآخر، وعلى هذا الخلاف لو قتل بسبب كان عند البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما حتى لو مات بعد القطع حتف أنفه رجع بنصف الثمن عنده، وعندهما يرجع بالنقصان ولو سرق عند المشتري أيضاً فقطع بهما رجع بالنقصان عندهما وعنده لا يرده بدون رضى البائع ولكن يرجع بربع الثمن، ولو رضي البائع بأخذه بثلاثة الأرباع ولو تداولته الأيدي فقطع عند الآخر أو قتل رجعت الباعة بعضهم على بعض عنده وعندهما يرجع الأخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه، ولم يقيد المص بعدم علم المشتري بالسرقة، كما في «الجامع الصغير»، لأنه لا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع/ وإن أفاد على قولهما لأن العلم بالعيب رضا به، وفي هذا يظهر أثر الخلاف [١/٣٧٩] وفيما لو أعتقه ثم قطع أو قتل على ما مر قيد بقطعه عنده، لأنه لو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشترى به رجع بالنقصان اتفاقاً.

(**ولو برئ**) البائع (**من كل عيب**) بأن قال: بعتك هذا على أنني بريء من كل عيب ووقع في «العيني» لفظة فيه وهذا سهو لما سيأتي (**صح**) البيع وبرئ البائع من العيب القائم ولو غير معلوم للمشتري والحادث عند أبي يوسف والإمام كما في «المبسوط» وغيره.

وقال قاضي خان: إنّه ظاهر مذهبهما وقال محمد: لا يدخل الحادث، وأجمعوا على عدم دخوله لو قال: من كل عيب به ولو قال مما يحدث صح عند أبي يوسف كما في «المبسوط» وقيل: لا يصح اتفاقاً وهو مشكل لأنه إذا كان مع التنصيص لا يصح فكيف مع عدمه؟ وعلى هذا فما في «البدائع» لو شرط البراءة من الحادث فقط فسد البيع عندهما معللاً بأن الإبراء لا يحتمل الإضافة فكان شرطاً فاسداً انتهى، مبني على قول محمد كما في «الشرح». وعند أبي يوسف يصح لأن الغرض إيجاد البيع على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع من العيب في «الفتح» أبرأه عن كل داء، فعن الإمام هو ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضاً وقال أبو يوسف: يتناول الكل.

وفي «المحيط» أبرأتك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لأنه عدمها لا عيب بها ولو قال: أنا بريء من كل عيب إلا إباقه برئ من إباقه، ولو قال: إلا الإباق فله الرد بالإباق، ولو قال: أنا بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون

وإن لم يسم الكل ولا يرد بعيب.

الدرك، ولو قال: ليس به عيب لم يكن إقرار بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيباً رده.

فــــرع

أطلق المشتري على عيب في المبيع والبائع غائب فرفع الأمر إلى القاضي وأثبت عنده الشراء والعيب، فأخذه القاضي ووضعه على يد عدل فهلك في يده وحضر البائع ليس له أن يسترد الثمن لأن الرد على البائع لم يثبت لمكان غيبته فكان الهلاك على المشتري. قال صاحب «الخلاصة»: قلت: ينبغي أن يكون هذا فيما إذا لم يقضِ القاضي بالرد على البائع حين أخذه منه ووضعه عند عدل، وأمّا إذا قضى على البائع بالرد ينبغي أن يهلك من مال البائع ويسترد الثمن لأن أقصى ما في الباب أن هذا قضاء على الغائب من غير خصم، ولكنه ينقل في أظهر الروايتين عن أصحابنا خاتمة: في الصلح عن العيب والكفالة به:

أمّا الأول ففي «الفتح» وجد به عيباً فاصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط ورضي الأجنبي بذلك جاز، وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو منخزق وقال المشتري: لا أدري تخرقا عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهماً والبائع درهماً جاز، وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهماً ويترك المشتري درهماً قيل: هذا غلط وتأويله أن يضمن القصار أولاً للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك إلى البائع.

وأمّا الثاني: ففي «البزازية» اشترى عبداً فضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب فرده لا ضمان عليه عند الإمام لأنه ضمان العهدة، وعلى قول الثاني يضمن لأنه ضمان العيوب، وإن ضمن السرقة والحرية والجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن للمشتري، وإن مات عنده قبل الرد وقضاء على البائع رجع على الضامن ولو ضمن له حصة ما يجده من العيوب من الثمن فهو جائز عند الإمام، فإن رده المشتري رجع بكل الثمن، وإن لم يرده وقضى بالنقص على البائع رجع على الضامن كما يرجع على البائع.

وعلى الثاني قال رجل للمشتري: ضمنت لك عماه فكان أعمى فرده لم يرجع على الضامن بشيء، ولو قال: إن كان أعمى فعليه حصة العمى، من الثمن فرده ضمن حصة العمى ولو وجد به عيباً فقال رجل للمشتري: ضمنت لك هذا العيب فالضمان باطل انتهى، كذا في «البحر».

باب البيع الفاسد

باب البيع الفاسد

قدم الصحيح لأنه الموصل إلى تمام المقصود فإن المقصود سلامة الدين . .[١] بها شرعت النقود ليندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحيح وأخر الفاسد لأنه مخالف للدين ولقب الباب بالفاسد وإن اشتمل على الباطل أيضاً لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه، كذا في «العناية» أو لأنّه أعمّ لما أنه غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير مشروع بواحد منهما، ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والأصول أنهما متباينان، لأنهما جعلوا في حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض بخلاف الباطل، وإعطاء حكم لأحدهما يباين الآخر أنه يباينهما وأيضاً المشروع بأصله وغير المشروع بأصله يتباينان فكيف يتصادقان؟ اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركاً بين/ الأعم والأخص المشروع [٣٧٩/ب] بأصله لا بوصفه في العرف لكن يجعله مجازاً عرفياً في الأعم لأنه خير من الاشتراك وهذا حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي، ولذا أدخل بعضهم أيضاً في الفاسد بشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور، كذا في «الفتح» وحاصل لأنه لو كان بينهما جهة عموم التصادق لكنهما لم يتصادقا بوجه وأراد بجعله مجازاً عرفياً في الأعم، أي: بأن يراد بالفاسد الممنوع وهذا يشمل المكروه.

وفي «الحواشي السعدية» الأولى أن يقال في وجه التغليب أراد بالفاسد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له انتهى، وقد علمت معناه عرفاً.

وأمّا لغة ففي «القاموس»: فسد كنصر وعقد وكرم فساداً ضد صلح فهو فاسد وفسيد،، ولم يسمع انفسد، وفي «المصباح»: بطل شيء يبطل بطلاً وبُطلاناً بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل وفاسد وموقوف، كذا في «الفتح» وأراد بالجائز الناقد وبمقابلة غيره لا الحرام إذ لو أريد ذلك لخرج الموقوف لما قالوه من أن بيع مال الغير بغير إذنه بدون تسليمه ليس بمعصية،، على أنه في «المستصفى» من قسم الصحيح حيث قال: البيع نوعان: صحيح، وفاسد، والصحيح نوعان: لازم وغير لازم. وحصر في «الخلاصة» الموقوف في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين موقوف على إجازة المولى، والأب والوصي وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي، وبيع المرهون والمستأجر، وما في مزارعة الغير موقوفة

(١) كلام غير واضح في الأصل.

لم يجز بيع الميتة والدم........................

على إجازة المرتهن، والمستأجر والمزارع وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازته، وبيع المرتد عند الإمام والبيع برقه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس، وبيع المالك المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البرهان بعد إنكاره، وبيع مال الغير زاد في «البحر» ما شرط فيه الخيار أكثر من ثلاثة فإن الأصح أنه موقوف كما مر، وشراء الوكيل نصف عبد وكل في شراء كله فإنه موقوف فإن اشترى الباقي قبل الخصومة تعد على الموكل، كما في «المجمع». وبيع نصيبه من مشترك بالخلط والاختلاط موقوف على إجازة شريكه كما ذكروه في الشركة وبيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس، كما في «البزازية».

وبيع المريض للوارث موقوف على إجازة الباقين ولو بمثل القيمة عنده، وبيع المولى عبده المأذون موقوف على إجازة الغرماء كما في «الشرح»، وكذا بيعه إكسابه كما في «جامع الفصولين»، ولو وكّل بلا إذن فباع توقف على إجازة الوكيل، كما في «المجمع». وفي وكالة «الشرح» أحد الوكيلين لو باع بحضرة صاحبه توقف على إجازة، ولو كان غائباً لم يتوقف انتهى. وينبغي أن يكون أحد الوصيين والناظرين كذلك، وفيه أن بيع المعتوه كالصبي العاقل يعني يتوقف على إجازة من مر.

وزدت عليه لو باع الوصي بشرط الخيار فبلغ الصبي في المدة وما في أول بيوع «الفتح» حتى باع بقيمته أو بما حل به أو بما يزيده أو بما يجب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان، فإن علم للمشتري بالقدر في المجلس جاز، **(لم يجز بيع الميتة)** أعم من جعلها مبيعاً أو ثمناً والمراد غير السمك لما سيأتي، ولا فرق في حق المسلم بين التي ماتت حتف أنفها أو كانت منخنقة أو موقوفة. أما في حق الذمي فيراد بها الأول فاختلفت عبارتهم فيه، ففي «التجنيس» جعله قسماً من الصحيح لأنهم يدينونه، ولم يحك خلافاً، وجعل في «الإيضاح» هذا قول أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز.

وجزم في «الذخيرة» بفسادها، وجعله في «البحر» من اختلاف الروايتين ومتروك التسمية عامداً كالذي مات حتف أنفه حتى يسري الفساد إلى ما ضم إليه وكان ينبغي أن لا يسري لأنه مجتهد فيه كالمدبر فينعقد فيه البيع بالقضاء. أجاب في «الكافي» بأن حرمته منصوص عليها فلا يعتبر خلافه ولا ينفد بالقضاء، ومن هنا قال البزازي: بيع متروك التسمية عامداً من كافر لا يجوز فيه كلام سيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى.

والخنزير والخمر والحر وأم الولد والمدبر والمكاتب........

ولم يجز بيع (**الخمر والخنزير**) غير أنهما إن كانا مبيعين قوبلا بدين في الذمة كان البيع باطلاً، وإن يعين فسد فيما قابلهما وبطل فيهما الفرق أن الخمر مال عند أهل الذمة أمرنا بإهانتها في شرعنا وفي تملكها مقصودة بجعلها مبيعة إعزاز لها بخلاف جعلها ثمناً، وإذا بطل لذلك فلأن يبطل، وإذا لذلك فلأن يبطل بجعل المبيعة مبيعاً أولى ومقتضى هذا يبطل في المقايضة بالأولى لأن كلاً منهما مبيع، لكن لما كان كل منهما ثمناً كما أن كلاً منهما مبيع وثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعة فاعتبر الخمر ثمناً والعكس، وإن أمكن رجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء باعتبار الإعزاز للثوب مثلاً فبقي ذكر الخمر معتبراً/ لإعزاز الثوب لا عكسه فوجبت قيمة الثوب لا الخمر، ولا فرق بين أن [٣٨٠/أ] تدخل الباء على الثوب أو الخمر لما قلنا قيد بالخمر لأن بيع ما سواها من الأشربة المحرمة جائز عنده خلافاً لهما، كذا في «البدائع» والكلام في المسلمين.

أمّا أهل الذمة فلا يمنعون من بيعهما وهل هو مع إباحة الانتفاع بهما شرعاً؟ قيل: نعم وقيل: لا وهو الصحيح، ولكن لا يمنعون مع البيع لاعتقادهم الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما يدينون، ولو أسلما أو أحدهما قبل قبض المبيع انفسخ لا بعده، ولو قرضه خمراً ثم أسلم المقرض فلا شيء له من قيمتها. ولو أسلم المستقرض ففيه روايتان: في رواية يسقط، وفي أخرى تجبر قيمتها، كذا في «البدائع» وجلود الميتة كالخمر لأنها لرغبة الناس فيها صارت مالاً من وجه، كذا في «المحيط» واختار البزدوي أنها كالميتة.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**الحر وأم الولد والمدبر**) المطلق (**والمكاتب**) أمّا الحر فلعدم المالية وفي قران أم الولد وما بعدها به إيماء إلى بطلان المبيع فيهم، وعليه جرى في «الهداية» حيث قال في قول القدوري إنه فاسد معناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت في حق أم الولد بقوله عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»[1] وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى وقد ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله لحقه وقد رضي بإسقاطه.

أمّا إذا بيع بغير رضاه فإجازة لم يجز رواية واحدة لأن إجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد، كذا في «السراج».

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/١٣١)، والحاكم في المستدرك (٢/٢٣) رقم (٢١٩١).

فلو هلك عند المشتري لم يضمن.........

وفي «الخانية» لو بيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم ينفذ في الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ، وقيدنا المدبر بالمطلق أخذاً من الإطلاق لأن المقيد اتفاقاً ومعتق البعض كالحر ولد المدبر كأبيه ولد أم الولد والمكاتب لهما، كذا في «السراج».

وأورد لو كان باطلاً لبطل بيع القن المضموم إليه كالحر، وسيأتي أنه لا يبطل والحق في الجواب أنهم ليسوا كالحر من كل وجه لأنه باطل ابتداء وبقاء لعدم المحلية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها فدخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلاً له في الجملة، ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز، ولم يملكوا بالقبض اتفاقاً نظراً للبقاء.

واعلم أن صاحب «الهداية» صرح فيما لو جمع بين عبد وحر ومدبر ومكاتب وأم ولد بأن البيع فيهم موقوف ولداً ينعقد في المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ففي أول الباب جعله باطلاً، وفي آخره جعله موقوفاً، وأجاب في «العناية» بأنه باطل إذا لم يجز المكاتب ولم يقضِ القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد، وفي «الفتح» أن إنفاذه في أم الولد أيضاً هو أصح الروايتين، وفي «البزازية» الأظهر فيها عدم النفاذ أولى لما سيأتي **(فلو هلك)** أي: المبيع في المسائل كلها **(عند المشتري لم يضمن)**.

اعلم أن المبيع لو هلك في يد المشتري في البيع الباطل يكون أمانة في رواية الحسن عن الإمام اختارها أبو نصر أحمد الطواويسي لأن العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض بإذن المالك وذلك لا يوجب الضمان، واختار السرخسي وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء وهو قول الأئمة الثلاثة، وفي «القنية»: أنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب، وقيل: الأول قول أبي حنيفة، والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهما في أم الولد والمدبر إذا مات عند المشتري لا يضمنا عند الإمام ويضمنها عندهما.

قال في «الهداية»: وهو رواية عنه، ورده في «النهاية» وعليه جرى في «الدراية» «والعناية» بأن رواية المعلا عنه إنما هو في المدبر، وأمّا أم الولد فاتفقت الروايات أنها لا تضمن بالبيع والغصب، لكن في «العناية» من باب كتاب العبد المشترك أن في تقوم أم الولد روايتان وعلى هذا فدعوى الاتفاق ممنوعة لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما فيه خلاف المكاتب لأنه في يد

والسمك قبل الصيد والطير في الهواء ....

نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض، وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصار كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم إليهما، كذا هذا وهو ظاهر في أن المكاتب غير مضمون على المشتري اتفاقاً، هذا واختلف المشايخ في قيمة المدبر فذكر السغدي أنه ثلثا قيمة القن، قال الحدادي: وهو الأصح وعليه الفتوى وقيمة أم الولد الثلث، واختار خواهر زاده أنها نصف قيمة القن. قال في «الصغرى»: هو الأصح وعليه الفتوى/ وقد مر في العتاق فإذا احتيج إلى تقويمها نظر إلى المضموم إليهما فعلى ما ذكرنا. [٣٨٠/ ب]

فـــرع

لو باع الحربي بنته أو أباه ذكر في أول سير «القنية» قولان في أنه فاسد أو باطل، (و) يجوز أيضاً بيع (**السمك**) في البحر (**قبل الصيد**) بل هو باطل لعدم ملكه له، فلو كانت له حظيرة أي حوض أو بركة فدخلها السمك فإن أعدها لذلك فما دخلها ملكه ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه، وللمشتري الخيار وإلا فلا، وإن لم يكن أعدها لا يملكه إلا إذا سد الحظيرة فيملكه، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة جاز بيعه وإلا فلا.

ولو اصطاده ثم أرسله في الحظيرة ملكه فإذا باعه فعلى هذا التفصيل، ثم في كل موضع لا يجوز البيع مع الملك لو سلمه فعلى الروايتين في الآبق إذا سلمه البائع، واعلم أن في المصر بركاً صغيرة كبركة الفهادة تجمع فيها الأسماك هل تجوز إجارتها لصيد السمك منها؟ نقل في «البحر» على الإيصاء عدم جوازها ونقل أولاً عن أبي يوسف في كتاب «الخراج» عن أبي الزناد قال: «كتبتُ إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجمع فيها السمك بأرض العراق أي يؤاجرها، فكتب أن افعلوا»،وما في «الإيضاح» بالقواعد الفقهية أليق.

(و) لا يجوز أيضاً بيع (**الطير**) جمع طائر وقد يقع على الواحد والجمع طيور وأطيار، كذا في «القاموس» (**في الهواء**) بالمد الجسم المسخر بين السماء والأرض وقد قيل: إنّه الدنيا ويقال على الشيء الخالي وبالقصد ميل النفس إلى الشيء في استعمل في ميل مذموم أطلقه ما إذا لم يأخذه أو أخذه فأرسله غير أن عدم الجواز في الأول لعدم الملك، وفي الثاني لعدم القدرة على التسليم، وما إذا كان يرجع إليه أو لا على الظاهر كما في «العناية» و«السراج» و«الفتح».

والحمل والنتاج واللبن في الضرع........................

وفي «الخانية» إن كان ذا جنسٍ يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز، وجزم به الشر مقيداً به إطلاق «الكتاب» ويوافقه قوله في «الهداية»: والحمام إذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم، وارتضاه في «الفتح» في شرح هذا المحل حيث قال: أمّا إذا كانت في برجها ومخارجها مسدودة إشكال في جواز هل يبيعها؟ وأمّا إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تجوز فكذلك البيع المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ.

وأقول: فيه نظر لأن من شروط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه، ولذا لم يجز بيع الآبق كما سيأتي وهو باطل أو فاسد قولان، وأثر الخلاف يظهر فيما لو أخذه وسلمه فمن قال بالأول قال: إنّه لا يعود صحيحاً وعليه البلخيون، ومن بالثاني قال: إنّه يعود، وعليه الكرخي وطائفة كما سيأتي فإطلاق المص أولى.

(و) لم يجز أيضاً بيع **(الحمْل)** بسكون الميم ما في البطن من الجنين «لنهيه ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع»[(١)] رواه أحمد والترمذي وابن ماجة، **(و)** لا بيع **(النتاج)** مصدر نجت الناقة بضم التاء نتاجاً بفتح النون وكسرها أريد به المنتوج، وهو ما يحمل هذا الحمل لخبر «الصحيحين» و«السنن»: «نهى ﷺ عن بيع حبل الحبلة»[(٢)] وكان بيعاً تبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج التي في بطنها، والحبل مصدر حبلت المرأة حبلاً فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وأدخلت عليه التاء إشعار لمعنى الأنوثة فيه، لأن معناه أن يبيع ما سوق يحمله الجنين إن كان أنثى، كذا في «العناية»، وقيل: إنّها للمبالغة كما في سخره ويحتمل أن يكون جمع حابلة، ففي «المحكم» امرأة حابلة من نسوة حبلة، وروى بعض الفقهاء حملة بكسر الميم ولم يثبت، كذا في «البناية» وشرح «الهداية» للعيني.

(و) لا يجوز أيضاً بيع **(اللبن في الضرع)** لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما في ضروع الأنعام إلا بكيل[(٣)] ولأن فيه غرر الجواز أن يكون الضرع منفتحاً يظن لبناً، على أنه يجوز بتقدير أن يكون لبناً أن يحدث لبناً قبل الحلب فيختلط مال البائع

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٩٦)، وأحمد في مسنده (١١٣٩٥)، والترمذي (١٥٦٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٦)، ومسلم (١٥١٤)، وأبو داود في سننه (٣٣٨٠)، والترمذي في سننه (١٢٢٩)، والنسائي في سننه (٤٦٢٣)، وابن ماجه (٢١٩٧).

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٩٦)، والدارقطني في سننه (١٥/٣)، وأبو يعلى في مسنده (٣٤٥/٢) رقم (١٠٩٣).

واللؤلؤ في الصدف والصوف على ظهر الغنم لما روينا والجذع في السقف..........

بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص والفرع لذات الظلف كالثدي للمرأة، والجمع ضروع مثل فلس وفلوس.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**اللؤلؤ**) أي: الدّر واحده بها (**في الصدف**) محركاً الدر الواحد بها والجمع أصداف، كذا في «القاموس»، وإنما لم يجز لأنه لا يعلم وجوده فيه ولأنه لا يمكن تسليمه إلا بكسر الصدف، وعن الثاني الجواز لأن الصدف لا ينتفع به إلا بعد كسر فلا يعد ضرراً، وعرف من هذا أن كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللحم في الشاة الحية أو شحمها أو أليتها أو كارعها أو جلودها أو دقيقاً في هذه الحنطة أو سمناً في هذا اللبن، ونحو ذلك من الأشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها إلا بإفساد/ الغلفة ويستثنى من ذلك الحبوب في قشرها، والذهب والفضة [٣٨١/أ] في ترابهما بخلاف جنسهما وينبغي أن يكون من ذلك الجوز الهندي.

(و) يجوز أيضاً بيع (**الصوف على ظهر الغنم**) لأنه من أوصاف الحيوان لأنه يقوم به، أو لأنه غير المقصود فكان الوصف منها وهو لا يقر بالبيع ولأنه يثبت فيختلط المبيع بغيره بخلاف قوائم الخلاف ككتاب وتشديد اللام من لحن العوام شجر الصفصاف سمي بذلك لأن الماء أتى به سبباً فيثبت مخالفاً لأصله، ولأنها تنمو من أعلاها فلا يلزم الاختلاط لإمكان تمييزه، لكن قال الفضلي: الصحيح عندي أنه لا يجوز أيضاً لأنه وإن ثبت من الأعلى إلا أن موضع القطع مجهول، كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة القطع.

قال في «الفتح»: وما ذكر في منع بيع الشجرة ليس متفقاً عليه بل منهم من منعها إذ لا بد للقطع من حفر الأرض ومنهم من أجازها للتعامل، وفي «الصغرى» القياس في بيع القوائم أن يجوز ولكن للتعامل وبيع الكراث وإن كان ينمو من أسفله للتعامل أيضاً، وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلي على المنع في القوائم لمن تأمل. (و) لم يجز أيضاً بيع (**الجزع**)، وهو القطعة من النخل وغيره توضع عليها الأخشاب (**في السقف**) لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه، ولا فرق بين أن يكون معيباً أو لا، وأورد أنه ضرر لزمه بالتزامه.

وأجيب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الإسلام: وإن رضي فله أن يرجع فيبطل البيع إلا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل قبض البيع فينقلب صحيحاً كذلك فإن الرجوع لا يمكنه مع الملزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر، كما في «الفتح».

وأقول: لا نسلم أنه لا يمكنه الرجوع إذ هذا الالتزام غير لازم، قال الشارح:

وذراع من ثوب وضربة القانص والمزاينة..........................

والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع انتهى. وإطلاقهم يفيد أنه إذا سلمه ينقلب صحيحاً سواء كان معيناً أو لا، وذكر الزاهدي عن «شرح الطحاوي» أنه في غير المعين لا ينقلب بالتسليم صحيحاً.

وجزم به في «إيضاح الإصلاح» وهو ضعيف لأنه في غير المعين معلل بلزوم الضرر والجهالة فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضاً، ومن ثم جزم في «الفتح» فيما إذا لم يكن معيناً لأنه لو قلع الجزع قبل نقض البيع وسلمه عاد صحيحاً لزوال المفسد لا بعد نقصه.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**ذراع من ثوب**) ولو عين موضع القطع لأن القطع يضره حتى لو لم يضره جاز، فكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف ذرع لم يدرك ولو قطع الذراع فيما يضره القطع وسلمه قبل فسخ المشتري عاد البيع صحيحاً، بخلاف ما لو باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ وكسرها وسلم قبل الفسخ لا يصح لأن الفساد للضرر إذ في وجودها احتمال فكان كبيع المعدوم. وفي «المجتبى» وفي جواز بيع التين قبل أن يداس، والأرز لا يبع قبل الدق، والحنطة قبل الدرس، وحب القطن في قطن بعينه، ونوى تمر في تمر في عينه روايتان، وجزم الولوالجي في بيع حب القطن بالجواز، والأوجه بيع نوى التمر لو تمراً بعينه الفساد.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**ضربة القانص**) بالقاف والنون أي الصائد من قنص قنصاً من حد ضرب صاد والقنص محركة الصيد وبالتسكين مصدر قنصه، كذا في «الصحاح» بأن يقول: بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا، وقيل: بالغين المعجمة قال الأزهري في «تهذيبه»: نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقال: أغوص غوصاً فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا والبيع فيهما باطل لأنهما مجهول كان فيه غرراً لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوص شيء.

واعلم أنّ الشر فسر ضربة القانص بما يخرج من الصيد بضربة الشبكة أو بغوص الصائد في الماء انتهى، وهذا يوهم شمول القانص للغائص والواقع ما قد علمته، وجعل في «السراج» القانص صياد البر والغائص صياد البحر انتهى، والحق أن الصائد بالآلة وهو القانص بالقاف أعم من كونه في البحر انتهى، أو البر بخلاف الغائص.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**المزابنة**)، وهو بيع الثمر بالمثلثة على النخل بتمر بالمثناة مجذوذ مثل كيل ما على النخل من التمر حرزاً وظناً لخبر «الصحيحين»:

والملامسة وإلقاء الحجر وثوب من ثوبين..........................

«نهى ﷺ عن بيع المزابنة والمحاقلة»[١] لأنها تؤدي إلى النزاع والمدافعة من الزبن وهو الرفع فكان فاسداً لشبهة الربا، وما روي من أنه رخص في العشرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً، فنقل الطحاوي عن الإمام أنه قال: معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك له حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه فخرصه تمراً.

قال الطحاوي: وهذا التأويل أسد مما قال مالك وقوله: أن يعري الرجل، أي: يهب وهذا بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون برأ ومبتدأ، ومعني الرخصة هو الخروج من أخلاق الوعد بإعطاء هذا التمر خرصاً وهو غير الموعود دفعاً للضرر عنه، ولو أريد أن هذا التأويل ينز عنه ما جاء في حديث زيد/ بن ثابت: «نهى ﷺ عن بيع التمر [٣٨١/ ب] بالتمر ورخص في العرايا»[٢] فإن السياق يدل على أن المراد البيع. وأجيب بأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والمحالقة، وهي بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً. (و) لم يجز أيضاً بيع (**الملامسة**) وهي أن يتساوما سلعة ويتفقان على أنه إذا لمسها المشتري فقد باعها منه.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**إلقاء الحجر**) وهو أن يلقي حصاة وثمة أثواب فأي ثوب وقع عليه كان هو المبيع، ولا فرق بين كونه معيناً أو غير معين لكن لا بد أن يسبق تراضيهما على الثمن، وكذا المنابذة وهو أن ينبذ كل منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعاً وهذه بيوع تعارفها أهل الجاهلية، نهى رسول الله ﷺ عنها[٣] لتعليق التمليك بالحظر لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري: أي ثوب لمسته بيدك وأي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعته، وأن يقول المشتري: أي ثوب نبذته إلي فقد اشتريته.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**ثوب من ثوبين**) أي: قيميين إذ بيع عبد من عبدين كذلك لجهالة المبيع إلا أن يقول على أنك بالخيار وتأخذ أيهما شئت فيجوز، ولم يقيد به إحالة على ما قدمه في خيار الشرط ولو قبض أحدهما بإذن البائع وهلك ضمن قيمته. قال في «الدراية»: ولو قبضهما وهلكا معاً ضمنا قيمة نصف كل واحد لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد، والآخر أمانة وليس أحدهما بأولى من الآخر، وكذا لو كان البيع صحيحاً ضمن ثمن كل واحد، والفاسد

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٥)، ومسلم (١٥٣٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٢)، ومسلم (١٥٣٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٥٩)، والترمذي في سننه (١٣١٠).

والمراعي وإجارتها............................

معتبر بالصحيح ولو مرتين ضمن قيمة الأول، ولو حررهما معاً عتق أحدهما، ولو حرر أحدهما لم يصح، أي: لو قال البائع أو المشتري أحدهما حر ولو متعاقباً عتقا والبيان إلى المشتري والقول في المضمون للضامن قيد بالقيمي لأن بيع المبهم في المثلي جائز. قال في «التلخيص»: باب بيع المبهم، ولو اشترى أحد عبدين أو ثوبين فسد لجهل يورث نزاعاً ضد المثلي فلو قبضهما ملك أحدهما الآخر أمانة.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**المراعي**) أي: الكلأ، ولو قاله لكان أولى لأن المرعى يطلق على موضع الرعي أيضاً، أعني الأرض وعلى مصدر رعى ولا شك في جواز بيع الأرض بخلاف الكلأ لعدم ملكه إياه لقوله ﷺ كما رواه أحمد وغيره: «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار»[١] ومعنى الشركة في الماء الشرب وسقي الدواب والاستسقاء من الآبار والحياض والأنهار والمملوكة، وفي الكلأ أن له احتشاشه وإن كان في أرض مملوكة وإذا منعه رب الأرض من الدخول كان عليه أن يحشه له أو يستقي ويدفعه له إذا طلب، وفي النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب لا أخذ الجمر وإطلاقه.

يفيد أنه لا فرق بين أن ينبت بنفسه أو أنبته رب الأرض بأن سقى الأرض وأعدها لذلك وهو اختيار القدوري لأن الشركة ثابتة، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء ليس بحيازة، إلا أن أكثر المشايخ على أنه يملكه فيجوز له بيعه وهو اختيار الشهيد ذكره في «الذخيرة» وغيرها.

قال في «الفتح»: وعلى هذا فلقائل أن يقول: ينبغي أن حافر البئر يملك الماء بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء، كما لا يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي، وإن لم يكن في أرض مملوكة له انتهى.

وأقول: ويمكن أن يفرق بينهما بأنه بسقي الكلأ كان سبباً في إنباته فنبت، بخلاف الماء فإنه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر (و) لا (**إجارتها**) لوقوعها في عين غير مملوكة، أو لانعقادها على استهلاك العين المباحة، ولو عقدت على استهلاك المملوكة بأن استأجرت بقرة ليشرب ألبانها لا يجوز فهذا أولى، وهل فاسدة أو باطلة؟ ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى ملك الآخر الأجرة بالقبض ونفذ عتقه فيه، والظاهر أن البيع باطل كبيع السمك قبل الصيد بجامع عدم الملك فيهما فيحتاج إلى الفرق بينه وبين الإجارة والحيلة في جوازها أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه،

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٧)، وأحمد في مسنده (٢٣١٣٢).

والنحل ويباع دود القز وبيضه.........................

أو ليجعلها حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصوده. لم يجز أيضاً بيع **(النحل)** وهو دودة العسل هذا قولهما، وقال محمد: يجوز بيعه إذا كان محرزاً لأنه ينتفع به حقيقة وشروعاً مقدور التسليم، وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من هوام الأرض فلا يجوز بيعه كالوزغ والعقرب ولا نسلم أنه ينتفع به بل بما يخرج منه، والفتوى على قول محمد للحاجة كما سيأتي.

واختلف المشايخ في بيعه تبعاً للكوارات على قولهما: إذا كان فيها عسل لا مطلقاً كما يوهمه ما في «الشرح»، وذكر القدوري في «شرحه» أنه يجوز، وحكي عن الكرخي أنه أنكره قائلاً: إنما / يدخل في البيع ما كان من حقوقه، والنحل ليس [٣٨٢/أ] كذلك ومنعه في «الفتح» بأن التبعية لم تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود، والنحل تابع له بالبيع والكُوارات بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل إذا سوي من طين كذا في «الفتح»، وفي «المصباح»: إنها بالضم والتخفيف والتثقيل لغة عسلها في الشمع وقيل بيتها إذا كان فيه العسل، وقيل: هو الخلية وكسر الكاف مع التخفيف لغة انتهى، ولم يذكر فتح الكاف مع التخفيف، وقد ذكره الزمخشري.

(ويباع دود القز) أي: الإبريسم **(وبيضه)** وهو البزر الذي يكون منه الدود وهذا قول محمد، أمّا في الدود فلكونه منتفعاً به. وأما في البيض فلمكان الضرورة وعليه الفتوى، وأجاز السلم فيه كيلاً إذا كان وقته وجعل ينتهي الأجل في وقته، واختاره المصنف هنا دون النحل وقد علمت أن الفتوى على قوله فيه أيضاً وكأنه لقوة المدرك عنده في النحل، وما في «البحر» لعله لم يطلع على ترجيح قوله مع أنه في «الخلاصة» فأبعد من البعيد.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز البيع فيهما لأنه من الهوام وبيضه غير منتفع به بل مما يحدث منه وهو معدوم في الحال، وأبو يوسف معه في الدود إلا إذا ظهر فيه القز فيجوز بيعه تبعاً، ومع محمد في البيض لمكان الضرورة.

واعلم أنه يحتاج على قول الإمام إلى الفرق بين النحل والدود حيث أجاز بيعه تبعاً للدور، ولا إشكال على ما روي عن الكرخي أنه لا يجوز في النحل تبعاً، ولا خلاف أن ما سواهما من الهوام لا يجوز بيعه كالحيات والعقارب والوزغ ونحوهما، ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسلطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك.

تتمة: أعطت امرأة لأخرى بزر القز بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالتعليق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها، ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق وأجرة مثلها،

والآبق إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده.........................

ومثله ما لو دفع لآخر بقرة ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحبها قيمة العلف وأجرة مثله، وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف، كذا في «الفتح»، والمتعارف في أرياف مصر دفع البيض ليكون الخارج منه بالنصف مثلاً وهو وزان دفع القز بالنصف الخارج كله لصاحب البيض وللعامل أجر مثله والله أعلم.

ولم يجز أيضاً بيع الآبق للنهي عنه كما رواه ابن ماجة[1] وغيره، وإطلاقه يعم ما لو باعه لولده الصغير أو ليتيم في حجره، ولو وهبه لهما صح، والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقبه وهو منتف وما بقي له من الملك يصلح لقبض الهبة لا للبيع لأنه بإزاء مال مقبوض من مال الابن بخلاف الهبة فكفت تلك اليد له نظراً للصغيرة. ووقع في «الخانية» في بعض النسخ عكس هذا الحكم وفي بعضها كما ذكرنا وهي المعول عليها وكان الأولى تحريف، ولم يطلع صاحب «البحر» على الثانية فجزم بالأولى، وقالوا: لو أعتقه نفد عتقه ولو عن كفارة اشترط في إجزائه عنها العلم بحياته، ولو عاد وسلمه لا ينقل بالبيع صحيحاً في ظاهر الرواية وهو مختار الثلجي ومشايخ بلخ، وعن الإمام أنه يعود، واختاره الكرخي وجماعة، والاختلاف مبني على أنه باطل أو فاسد فمن قال بالأول قال: إنّه لا يعود ومن قال بالثاني قال: إنّه يعود، لأن ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحاً وخرج الآبق المرسل في حاجة المولى فإنه يجوز بيعه لأنه مقدور التسليم وقت العقد حكماً إذ الظاهر عوده، ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشتري في فسخ العقد.

(إلا أن يبيعه ممن) أي: من شخص **(يزعم)** ذلك الشخص وهو المشتري **(أنه عنده)** فيجوز، لأن المقصود من القدرة على التسليم ثبوت السلم، فإذا كان ثابتاً حصل المقصود، وقوله: عنده شامل لما إذا كان في منزله أو كان يقدر على أخذه ممن هو عنده، فإن كان لا يقدر على الأخذ إلا بخصومة عند الحاكم لم يجز بيعه، كما في «السراج» وهل يصير قابضاً له بمجرد العقد؟ إن قبضه لنفسه يصير قابضاً عقب الشراء بالاتفاق، كما في «العناية». وإن قبضه للرد إن أشهد لا يصير قابضاً لأنه أمانة في يده، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال الولي، وإن لم يشهد يجب أن يكون قابضاً لأنه قبض غصب فينوب. وفي «الذخيرة»: اشترى ما هو أمانة في يده بوديعة وعارية لا يكون قابضاً إلا

---

(١) تقدم تخريجه.

ولبن امرأة وشعر الخنزير وينتفع به للخرز.........................

إذا ذهب المودع المستعير إلى العين وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه إلا أن يصير المشتري قابضاً بالتخلية، فإن هلك بعد يهلك من مال المشتري انتهى، وهذا لا يفيد إطلاقهم السابق قيد بقوله ممن يزعم إلخ، لأنه لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره لا يصح أيضاً لكنه فاسد أي اتفاقاً يملك بالقبض بخلاف بيع الآبق المطلق فإن فيه/ ما مر من [٣٨٢/ ب] الخلاف، واعلم أنه يستثنى من إطلاقهم ما لو أبق من الغاصب فباعه المالك منه فإنه يصح مع أنه أبق عند التعاقدين، كما في «الذخيرة» معللاً بأن بيعه إنما يصح إذا كان التسليم محتاجاً إليه، أمّا إذا لم يكن محتاجاً إليه كما في مسألتنا فإن البيع يجوز.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**لبن المرأة**) في قدح كما في «الهداية» وهذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله كيلا يظن أن امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره، كذا في «الفتح، قال في «الحواشي السعدية»: وهذا بعيد جداً بعدما تقدم أن بيع اللبن في الضرع لا يجوز انتهى.

وبيانه أن امتناع بيعه في الضرع قد علم مما مر، فذكر منع بيع لبن المرأة بعده نص في المنع بعد الانفصال فلا حاجة إلى التقييد به، وبه اندفع ما في «البحر» من أن ذكر القيد أولى لأن حكم اللبن في الضرع قد تقدم، على أنّا لا نسلم أنه مستفاد مما تقدم لما قدمناه في أن الضرع خاص بذوات الأربع كالثدي للمرأة وح[1] فإنما أطلقه المصنف ليعم ما قبل الانفصال وما بعده لأنه جزءٌ آدمي مصون عن الابتذال بالبيع، وقد استدل محمد على فساد بيعه بجواز إجارة الظئر لأن جوازها يثبت أنه من المنافع لا الأموال إذ المال لا يجوز إجارته، ألا ترى أنه لو استأجر بقرة على أنه يشرب لبنها لم تجز الإجارة؟ وعلى هذا فلا يضمن متلفه لا فرق بين كونها حرة أو أمة في ظاهر الرواية وفي حل التداوي به في العين قولان، كذا في «الفتح».

وفي موضع آخر قال أهل الطب يثبتون نفعاً للبن البنت في العين وهذه من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالخمر، واختار في «الهداية» «والخانية» الجواز له إن علم أن فيه شفاء ولم يجدوا لغيره والله الموفق.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**شعر الخنزير**) لأنه نجس العين إهانة له قال في «الفتح»: ويرد على هذا التعليل بيع السرقين فإنه جائز للانتفاع به مع أنه نجس العين انتهى، بل الصحيح عن الإمام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الكراهية (**وينتفع به**) أي: يجوز الانتفاع به (**للخرز**) أي: نخرز النعال

---

(١) هكذا العبارة في الأصل، والله أعلم بمراد المؤلف.

وشعر الإنسان وجلد الميتة قبل الدبغ وبعده يباع وينتفع به........

فإن الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه، وعن الثاني أنه يكره لتأتيه بغيره، والأول هو الظاهر فإن الضرورة ببيح اللحم فالشعر أولى، ثم أن يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع حتى لو لم يوجد إلا بالشراء. قال أبو الليث: ينبغي أن يجوز شراؤه لشمول الحاجة إليه لكن لا يطيب للبائع الثمن، كذا في «العناية» وينبغي أن يطيب له على قول محمد القائل بأن إطلاق الانتفاع دليل طهارته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده، وعلى قول أبي يوسف يفسده وهو الصحيح، لأن حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة إليه والغرض أنه لا يوجد إلا بالشراء فقد باع للخرز ما يحل الانتفاع به فيه، وعلى هذا فيطيب له على قوله أيضاً إلا أن يقال إنَّ في أصله خبثاً فتدبره، وقول لا بأس للأساقفة أن يصلوا مع شعر الخنزير، ولو كان أكثر من قدر الدرهم مخرج على قول محمد لا على قول أبي يوسف، نبه عليه في «الفتح» وهو ظاهر.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**شعر الإنسان**) ولا الانتفاع به لأن الآدمي غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتذلاً وهذا الإطلاق يعم الكافر، وقد صرح في «الفتح» في غير هذا المحل بأن الآدمي مكرم ولو كان كافراً، وعن محمد جواز الانتفاع به لأنه عليه الصلاة والسلام حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به، ولو كان بخساً لما فعل والأول هو الظاهر، وحرمة الانتفاع به لكرامة لا للنجاسة حتى لو وقع في الماء القليل لا ينجسه، وتقسيمه ﷺ شعره بينهم للتبرك به لا للانتفاع كيف وقد لعن ﷺ الواصلة والمستوصلة[1]، والأولى هي التي تصل الشعر بشعور النساء، والثانية هي المعمول بهذا برضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به لا للتكثير، ألا ترى أنه خص فيما يتخذ من الوبر ليزيد من قرون النساء للتكثير.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**جلد الميتة قبل الدبغ**) للنهي عن الانتفاع بإهاب الميتة، وهو اسم لغير المدبوغ كما مر في الطهارة ولا خفاء أن نجاسته من الرطوبات المتصلة بأصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس، والدهن النجس حيث يجوز بيعه لأن نجاسته عارضة فلا يتغير حكم الثوب بها فيه (**وبعده يباع وينتفع به**) لطهارته

---

(١) أخرجه البخاري في اللباس (٥٩٣٧)، ومسلم في اللباس والزينة (١٢٩).

كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها........................

بالدبغ كما مر قيد بجلد الميتة لأن جلود المذكاة يجوز بيعها لطهارتها بها، ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدبغ فيجوز بيعها والانتفاع بها في غير الأكل في «التجنيس» المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع، وكذا الكلب والحمار لأنه طاهر وينتفع به في إطعام سنورة (**كعظم الميتة**) أي: كما يباع عظم الميتة وينتفع به، (و) كذا/ [١/٣٨٣] (**عصبها وصوفها وقرنها ووبرها**) وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها لطهارتها لأن الحياة لا تحلها فلا يحلها الموت.

قال في «الهداية»: والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به، أي في الحمل والمقاتلة والركوب، وفي «العناية» ولو بيع عظمه إنما يجوز إذا لم يكن عليه دسومة، أمّا إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيع انتهى، وهذا ينبغي أن يكون جارياً في عظم كل ميتة وما جزم عن محمد مخالف لما ذكره الكرخي أجمعوا على جواز بيع الفيل، وفي «العيون» روى ابن رستم عن محمد في امرأة صلت في عنقها قلادة فيها سن كلب أو أسد أو ثعلب فصلاتها تامة لأنها تقع عليها الزكاة، وروي أنه ﷺ «اشترى لفاطمة سوارين من عاج»[١] فظهر استعمال الناس له من غير نكير حتى حكى بعضهم إجماع العلماء على جواز بيعه والله الموفق.

فــــرع

هل يجوز بيع القرد؟ روى أبو يوسف عن الإمام منع بيعه، وروى الحسن عنه جوازه وهو المختار لأنه ينتفع به في بعض الأشياء، كذا في «الفتح» قال ابن وهبان: وينبغي أن يحمل قول أبي حنيفة بجواز البيع لمن يحفظ به ذكاته أو متاعه وعدم الجواز لمن يلعب به ويطوف به في الأسواق ويسخر به فإن ذلك حرام ونظر فيه في «عقد الفرائد» لما في «البزازية» بيع القرد وسائر السباع يجوز للانتفاع بجلدها فبيّن أن العلة في الجواز ليس حفظ المتاع ولا بد.

وفي «التجنيس» بيع القرد يجوز، وكذا جميع الحيوانات سوى الخنزير وهو المختار ولأنه ينتفع به، وكذا ينتفع بجلده وشراء الفيل جائز لأنه منتفع به يحمل عليه المتجر بالقرد، وإن كان حراماً لا يقتضي المنع من بيعه فقد قالوا: يجوز بيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً مع الكراهة، وكذا بيع الأمرد ممن يعلم أنه يعصى به وقصارى ما ذكره كراهة البيع انتهى.

---

(١) ذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/١٣٣٦).

وعلو سقط وأمة تبين أنه عبد.......................................

(و) لم يَجز أيضاً بيع (**عُلو**) بضم العين وكسرها بيع خلاف السفل (**سقط**) لأن حق التعلي ليس بمال قيد بسقوطه لأن بيعه قبله صحيح نظراً إلى البناء القائم، ولو سقط قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومنفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء وهذا يضمن بالإتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته، كذا في «الشرح» ومحل الاتفاق في بيعه تبعاً للأرض ما إذا كان الشرب شرب تلك الأرض أما إذا باع أرضاً مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ، وحكي عن أبي نصر بن سلام أنه لا يجوز قال أبو جعفر: وإليه أشير في الكتاب وظاهر الرواية أن بيعه منفرداً لا يجوز كما في «الخانية» وهو الصحيح، كما في «الفتح» وظاهر كلامهم أنه باطل، وعليه فرع قاضي خان ما لو قبضه المشتري ثم باعه مع أرض له قال أبو جعفر: لا يجوز البيع في الشرب إلا أن يخيره البائع لأن بيع الشرب لا يقع على موجود بل ما يحدث وقتاً بعد وقت، وكذا لو باعه تبعاً جاز وإن كان الماء منقطعاً وقت البيع فإذا لم يشترط شيئاً موجوداً لا يملك بالقبض فلا يجوز بيعه ثانياً لأنه على ملك الأول.

قال قاضي خان: وعندي هذا الجواز مشكل وينبغي أن يكون بيعه ثانياً أنه على ملك بيعه يجوز في رواية، وبه أخذ بعض المشايخ وجرت العادة ببيعه في بعض البلدان فكان حكمه حكم الفاسد يملك بالقبض فإذا باعه بعد القبض وجب أن يجوز، ويؤيده ما في «الأصل» لو باعه بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه ولو يكن الشرب محلاً للبيع لما جاز عتقه، كما لو اشترى بميتة أو دم وأعتقه لا يجوز عتقه انتهى.

وأمّا تضمينه بالإتلاف بالمعنى الذي ذكره الشر فهو إحدى الروايتين والفتوى على أنه لا يضمن كما في «الذخيرة»، وفي «الظهيرية» وهو الأصح، وعن الشيخ جلال الدين ابن صاحب «الهداية» أنه قصر ضمانه بالإتلاف على ما إذا شهد به وآخر ثم رجع بعد القضاء وقال: لا وجه للضمان بالإتلاف إلا بهذه الصورة لأنه لو ضمن لغيرها فإما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه للأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث، وإلى الثاني لأن منع حق الغير ليس سبباً للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد كذا في «الفتح». وسكت المص عن بيع الطريق وهبته وقد قالوا: إنّه يجوز بخلاف مسيل الماء والتفصيل في «الهداية».

(و) لم يجز أيضاً بيع (**أمة تبين أنه عبد**) وبأن قال: بعتك هذه الأمة فإذا هي

وكذا عكسه وشراء ما باع ....

عبد (**أو عكسه**)، بخلاف ما لو باعه هذا الكبش فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع وبتخير المشتري، ومبنى الفرق ما مر في النكاح لمحمد فيما لو تزوجها على هذا الخل فإذا هو خمر من أنه متى اجتمعت التسمية والإشارة، فإن كان المسح مع المشار إليه جنسين مختلفين تعلق الحكم بالتسمية فيبطل البيع لعدم المبيع الذي هو المسمى وقيل: / يفسد والأول هو الظاهر أخذاً من قول محمد لا بيع بينهما وإن [٣٨٣/ ب] اتحدا جنساً إلا أن الاختلاف بالصفة فاحش كالخل مع الدبس كان كاختلاف الجنس، وإن كان قليلاً اعتبرت الإشارة فينعقد البيع ويتخير وهذا الأصل متفق عليه هنا وفي سائر العقود من النكاح والإجارة والصلح عن عمد والخلع على ما سيأتي. وقد جعل الفقهاء الذكر والأنثى من بني آدم جنسين لفحش تفاوت الأغراض منهما وإن اتحدا جنسها عند أهل المعقول بخلاف الذكر والأنثى من البهائم، فإن المقصود من هذا الجنس إنما هو الركوب والحمل والأكل والذكر والأنثى في ذلك سواء، وعلى هذا تفرع ما ذكره الكرخي من أنه لو باعه فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل فجعله من اختلاف الجنس.

قال في «الفتح»: ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح، ويخير كما إذا باع عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب، كذا ذكره المص يعني صاحب «الهداية» وإن كان صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز فكأنه ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أولاً في ثبوت الخيار، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص، وصح الأول لفوات غرض المشتري وكان مستند الفصلين ما تقدم فيمن اشترى على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار لأنه خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد لا يتفاوت بين مسلم، وكافر بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فإنه يفيد أن حاجته التي لأجلها اشترى هي هذا الوصف.

قال في «البحر»: وقد ظهر لي من كلامهم أن المشتري لو ادعى اشتراط كون الفص ياقوتاً وأنكر البائع فإن كان ما ظهر من خلاف جنس الياقوت تحالفا وفسخ البيع لأن الاختلاف في جنس المبيع، وإن كان من جنسه وأن الغائب إنما هو الوصف فإن كان المبيع بمرأى من المشتري وقت البيع فلا خيار له، ولو أقر البائع بالشرط وإلا فالقول للبائع وقد صارت حادثة الفتوى وأجبت بما ذكرنا انتهى.

(**و**) لم يجز أيضاً (**شراء ما باع**) أي: ما باعه هو أو وكيله لنفسه وإن كان وكيلاً

بالأقل قبل النقد وصح فيما ضم إليه.........................

في بيعه وأطلق الشراء فعم شراء الكل أو البعض، كما في «القنية» وشراؤه من كل وجه أو من وجه كشراء من لا تجوز شهادته له فإنه كشرائه خلافاً لهما في غير العبد والمكاتب، والشراء من وارث المشتري كالشراء منه بخلاف شراء وارث البائع أو وكيله عند الإمام، والفرق أن وارث المشتري قام مقامه في ملك العين وهذا من أحكامها، بخلاف وارث البائع لأن ملكه كان ثابتاً له قبل موت مورثه (**بالأقل**) خرج بذلك المساوي والأكثر وإنما يظهر ذلك عند اتحاد جنس الثمنين حتى لو اختلفا جاز.

وإن كان الثاني أقل والدراهم مع الدنانير هنا جنس واحد استحساناً احتياطاً وكون المبيع لم ينقص في يد المشتري، فإن نقص جاز وجعله ما نقص من الثمن في مقابلة ما حدث في يده، ولا بد أن يكون النقصان ذاتياً حتى لو كان بتغير الأسعار لم يجز الشراء لأنه غير معتبر في حق الأحكام كما في الغصب وغيره، كذا في «الشرح» وشمل إطلاقه الأقل وصفاً حتى لو باعه بألف نسيئة إلى سنة ثم اشتراه إلى سنتين. لم يجز أيضاً (**قبل النقد**) أي: فقد جميع الثمن لقول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة من زيد بن أرقم: «أبلغيه أن الله أبطل حجه وجهاده معه ﷺ إن لم يتب»[1] ولو خرج المبيع عن ملكه ثم عاد فإن بحكم ملك جديد كالإقالة قبل القبض أو بعده أو بالشراء أو الهبة أو بالميراث فشراؤه بالأقل جائز وإن بما هو فسخ لعوده بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده لا يجوز، كذا في «السراج».

(**وصح**) البيع (**فيما ضم إليه**) حتى لو اشترى أمة بخمسمائة ثم باعها مع أخرى من البائع قبل نقد الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع ولم يسر الفساد إلى الثانية لأنه ضعيف لكونه مجتهداً فيه، أي: محل اجتهاد وقابل له، وإلا فخلاف الشافعي إنما جاء بعد المسألة فكيف يوضع على شيء لم يقع بعد؟ ويجوز أن يكون الخلاف واقعاً بل هو الأظهر ونوقض بما إذا باعهما بألف وخمسمائة فإن البيع فاسد، نص عليه شمس الأئمة وفخر الإسلام، ولو كان الفساد في مسألة الكتاب لما ذكر لما فسد لأنه عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة.

قال في «الفتح»: والحق أن بينهما فرقاً فإن هناك الموجبات تحققه وهنا المجنون موقوف على الاعتبار / فإذا اعتبر واحد أمكن اعتبار لكنه لا يزيد النظر إلا [٣٨٤/أ]

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (١٥/٤).

وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً وصح لو شرط أن يطرح بوزن الظرف وإن اختلفا في الزق فالقول للمشتري ولو أمر ذمّياً بشراء خمر أو بيعها صح

وكادة فإن الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يحمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل.

(و) يجز أيضاً (**بيع زيت على أن يزنه بظرفه ويطرح**) أي: يسقط (**عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً**) لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين، فإن زنة الظرف قد تكون أقل فيكون النفع للمشتري أو أكثر فيكون للبائع إلا إذا عرف مقدار وزنه فيجوز، كما في «شرح الدرر».

(**وصح**) البيع (**لو شرط**) أي: المشتري (**أن يطرح**) عنه (**بوزن الظرف**) لأنه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر البيع من غير أن يخص بالثمن، (**وإذا اختلفا في الزق**) بالكسر الظرف والجمع أزقاق وزقاق ككتاب وزعقان تفريع على ما قبله أي اختلفا في وزنه بعد ما رده المشتري وهو عشرة أرطال فقال البائع: هو غير هذا وزنته خمسة (**فالقول للمشتري**) مع يمينه إلا أن يبرهن البائع على ما ادعى، لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض وإن في قدر المبيع المقبوض رجع إلى الاختلاف في قدر الثمن والقول فيه للمشتري لإنكاره الزيادة والاختلاف في الثمن، وإن أوجب التحالف إلا أن محله ما إذا كان قصداً لا ضمناً كما هنا لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق، والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما يدعي عقداً آخراً و ما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه.

(**ولو أمر**) مسلم (**ذمياً**) أي: وكله (**بشراء خمر**) أو خنزير (**أو ببيعها صح**) أي: صح توكيله عند الإمام مع كراهة التحريم حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك الموكل المسلم فيجب عليه أن يخلل الخمر أو يريقها، ويسيب الخنزير، وكذا لو وكله ببيعها بأن أسلم عليهما أو مات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافراً ببيعهما غير أن عليه أن يتصدق بثمنهما وقالا: لا يصح وعليه هذا الخلاف توكيل المحرم حلالاً ببيع صيده لهما أن الموكل لا يليه فغيره لا يوليه، ولأن ما ثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ونقض قولهما بمسائل منها الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك أن يوكل فيه، ومنها للقاضي أن يأمر ذمياً ببيع خمر تركها ذمي وإن لم يملك بيعها، ومنها وصي الذمي إذا كان مسلماً يملك أن يوكل ذمياً ببيع خمره وإن لم يملكه الموكل. قال في «الفتح»: بقي أن يقال: إذا كان حكم هذه الوكالة بالبيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن

وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد........

يسيب الخنزير ويريق الخمر أن يخللها بقي تصرف غير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع انتهى.

وأقول: لا نسلم أن مثله ليس بمشروع، أمّا في البيع فلأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة إذ قد مر قريباً أن شعر الخنزير إذا لم يوجد مباح الأصل جاز بيعه وإن لم يطب ثمنه، وأمّا في الشراء فقد أفاد فائدة في الجملة على تخليل الخمر ومثله لا يعد غير مشروع.

(و) لم يجز أيضاً بيع (**أمة على أن يعتق المشتري أو**) على أنه (**يدبر أو يكاتب أو يستولد**) الأمة شروع في الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط لنهيه ﷺ عن بيع وشرط[1] لكن ليس كل شرط يفسد البيع، بل لا بد أن لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارف وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين وللمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، ولم يرد الشرع بجوازه وما يقتضيه كاشتراط تسليم الثمن أو حبس المبيع إلى قبضه ويلائمه كالبيع بشرط كفيل أو رهن بالثمن معينين فيقال للمشتري: ادفع الرهن أو عجل الثمن، وفي «القدوري» إمّا الرهن أو قيمته أو يفسخ العقد، ولو امتنع عن تسليم الكفيل لا يجبر وإنما يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفعهما خيّر البائع في الفسخ.

وفي «البحر» معزياً إلى «الذخيرة» اشترى عبداً على أن يعطي البائع للمشتري كفيلاً بالدرك فإن كان الكفيل مجهولاً فسد البيع، وإن كان معيناً حاضراً، وقيل: أو كان غائباً فحضر قبل التفريق، وقيل: جاز انتهى، ولم يذكر الرهن على الدرك لأنه غير جائز.

وفي «الفتح» يصح البيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة، أو بأن رهنه به رهناً معلوماً بالإشارة أو بالتسمية ولو لم يكن الكفيل حاضراً فحضر وقيل قبل أن يتفرقا جاز، ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشاراً إليه، ولا يجوز بالاتفاق وشرط الحوالة كالكفالة انتهى، أو كان متعارفاً كشراء نعل على أن يحذوه أو لم يكن فيه منفعة لأحد كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة أو ورد الشرع بجوازه كالبيع بشرط الخيار والأجل لا يفسد ويعتبر الشرط لاشتراط أن لا يبيعها فيبطل في ظاهر المذهب، وعن الثاني أن البيع يبطل أيضاً.

[٣٨٤/ب] وفي «الخلاصة» / اشترى عبداً على أن يبيعه جاز ولو قال من فلان لا يجوز،

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤/ ٣٣٥)، وأبو حنيفة في مسنده (١/ ١٦٠).

أو إلا حملها......................................

وفي «البزازية» لو قال على أن يطعمه يفسد، ولو قال: خبيصاً فسد، وفي «الذخيرة» اختلف المشايخ لو قال: على أن يعطي ثمنها من مال فلان وإن عرف هذا فاشتراط العتق وتوابعه مما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمعقود عليه، ولو وفى بالشرط ففي العتق بعد القبض ينقلب البيع جائزاً عند الإمام خلافاً لهما حتى يجب على المشتري الثمن وعندهما القيمة لا في توابعه.

والفرق أن شرط العتق بعد وجوده يصير ملائماً للعقد لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحاً ولا كذلك شرط توابعه إذا وفى بها لأنه يتعين انتفاع وورود الملك عليه، ولم يوجد لجواز أن يحكم قاضٍ بصحة بيعه فيتقرر الفساد، وأجمعوا أنه لو أعتقه قبل القبض لا يعتق.

وأفاد في «الظهيرية» أن المشتري لو أمر البائع بالعتق فقد طلب منه أن يسلطه على القبض، فإذا أعتق بأمره صار قبض القبض فإذا أعتق بأمره صار قبض المشتري سابقاً عليه لأن البائع سلطه عليه، وأجمعوا أنه لو هلك في يد المشتري قبل العتق أو باعه أو وهبه يلزمه القيمة، كذا في «السراج» قيد بكون الشرط لفظ على لأنه لو كان أن فسد البيع في جميع الصور إلا فيما إذا قال: إن رضي أبي أو فلان في ثلاثة أيام، والظاهر من كلامهم أن قوله بشرط كذا بمنزلة على ولا بد أن لا يقولها بالواو حتى لو قال: بعتك كذا على أن تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطاً، وأن يكون الشرط في صلب العقد حتى لو ألحقاه به لم يلتحق في أصح الروايتين، كذا في التاسع والثلاثين من «جامع الفصولين» بهذا ظهر خطأ بعض حنفية العصر إذا أفتى في رجل باع لآخر قصب سكر قدراً معيناً وأشهد على نفسه بأنه يستعيه ويقوم عليه بأن البيع فاسد لما أنه شرط تركه على الأرض نعم الشرط غير لازم والله الموفق.

وقيد بالشرط لأنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد وصوره الولوالجي بأن قال: أشتري حتى أبني الحوائط وخرج بكون الشرط فيه منفعة لما ذكرنا ما لو كان فيه مضرة كان ثوباً على أن لا يخرقه، أو جارية على أن لا يطأها، أو داراً على أنه يهدمها فعند محمد البيع جائز والشرط باطل، وقال أبو يوسف: البيع فاسد، كذا في «الجوهرة» ومثله في «البحر» ما فيه مضرة بما إذا اشترى ثوباً على أن لا يبيعه ولا يهبه، والبيع في مثله جائز عندهما خلافاً لأبي يوسف ويكون المنفعة لأحد المتعاقدين لأنها لو كانت لأجنبي كاشتراط أن يقرض البائع أجنبياً كذا ويجوز البيع، وذكر القدوري أنه يفسد وما لو كان خالياً عنهما كأن اشترى طعاماً ما بشرط أن يأكله أو ثوباً بشرط أن يلبسه، كذا في «الفتح». (أو) أن يبيع أمة **(إلا حملها)** لأن ما

أو يستخدم البائع شهراً أو داراً على أن يسكن أو يقرض المشتري درهماً أو يهدي له أو يسلمه إلى كذا، أو ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً.................

لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه، والحمل لا يصح إفراده لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة فلا يصح استثناؤه، وإذا لم يصح بقي شرطاً فاسداً وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن كالبيع تبطل بشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة إلا أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد بخلاف الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد حيث لا تبطل، وإنما يبطل الاستثناء إلا في الوصية فتصح، ومن فروع القاعدة بعتك هذه الصرة إلا قفيزاً منها بكذا جاز، وهذا القطيع من الغنم إلا شاة لا يجوز، وكذا الحال في كل عددي متفاوت، وأورد عليها أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية لا يصح استثناؤها بأن أوصى بجارية إلا خدمتها وإلا غلتها.

وأجيب بأن هذا إيراد على العكس وهي غير منعكسة، وبأن الوصية ليست عقداً حتى صح قبول الموصى به بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح، (أو) باع عبداً على أن (**يستخدم البائع**) المبيع أو المشتري، ويجوز أن يكون في يستخدم ضمير يعود على المشتري والبائع هو المفعول (**شهراً، أو داراً على أن يسكن**) فيه شهراً (أو) متاعاً على أن (**يقرض المشتري**) البائع (**درهماً أو يهدي له**) هدية (أو) على أن (**يسلم المبيع إلى كذا أو**) يبيع (**ثوب على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً**) لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة لأحد المتعاقدين، وقد ورد في عين بعضها نص خاص وهو «نهيه ﷺ عن بيع وسلف»[١] أي: قرض ومن الشروط الفاسدة ما لو اشتراه على أن يؤدي الثمن من بيعه أو قال: على أن يدفع المبيع إليه قبل نقد الثمن أو على أن يدفع الثمن في بدل آخر.

[٣٨٥/أ] وفي «النوازل» بعت منك هذا على أن/ أحط من ثمنه كذا جاز، ولو قال: على أن أهب منك كذا لم يجز، لأن الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط، ومقتضاه أنه لو شرط أن يزيده المشتري في الثمن أن يصح أيضاً، ولو لم يفعلا ذلك ينبغي أن يخير البائع أو المشتري على قياس أمر فتدبره.

وفي «القنية» اشترى بطيخة على أنها حلوة أو شاة على أنها تحلب كذا أو زيتاً أو سمسماً على أن فيه كذا مناً أو شاة أو ثوراً على أن فيه كذا مناً من اللحم فسد

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٣٣٩)، والنسائي في الكبرى (٥٠٢٧).

وصح بيع نعل على أن يحذوه أو يشركه لا البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر المتعاقد أن ذلك.........................

البيع في الكل لتعذر معرفته قبل العمل وعجز البائع عن الوفاء به، (**وصح بيع نعل على أن يحذوه**) البائع، أي: يقطعه من حذوت النعل بالنعل قدرت كل واحدة على صاحبتها والمراد اشترى أداثماً على أن يجعله البائع نعلاً له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار الأول، ويحتمل أن يراد حقيقة، أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها، أي: يجعل معها مثالاً آخر ليتم نعلاً للرجلين ويدل عليه قوله (**أو يشركه**) من شرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فجعلها مقابلاً لقوله نعلاً ولا معنى لا يشتري أداثماً على أن يجعل له شراكاً، فلا بد أن يراد حقيقة النعل، كذا في «الفتح»، ولقائل أن يقول: لِمَ لا يجوز أن يراد به الصرم وضمير يشركه للنعل بالمعنى الحقيقي على طريق الاستخدام وهذا استحسان وتسمير القبقاب كالتشريك.

وفي «البزازية» اشترى ثوباً أو خفاً خلقاً على أن يرقعه البائع ويسلمه صح انتهى، بخلاف خياطة الثوب لعدم التعارف (**لا**) يصح (**البيع**) بثمن مؤجل (**إلى النيروز**) أمّا تأجيل المبيع فمفسد ولو إلى أجل معلوم، والنيروز أول يوم من طرف الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل، والأصل نوروز فعرب وقد تكلم به الفاروق رضي الله تعالى عنه فقال: «كل يوم لنا نوروز» حين كان الكفار يبتهجون به (**والمهرجان**) معرب مهر كان يوم في طرف الخريف وهو أول يوم من الشتاء تحل فيه الشمس الميزان.

وفي «السراج» النيروز هو أول يوم من الصيف تحل فيه الشمس برج الحمل والمهرجان أول يوم من الشتاء تحل فيه الشمس الميزان انتهى، وهذا إنما يتم بناء على أن الربيع من الصيف والخريف من الشتاء، وقد مر في الصلاة نظيره وإلا فالفصول أربعة كما لا يخفى وقيل: سمي عيدان المجوس (**وصوم النصارى وفطر اليهود**)، قيل: تخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم معلوم، كذا في «الفتح».

وفي «السراج» فإن قيل: لِمَ خص الصوم بالنصارى والفطر باليهود؟ قيل: لأن صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم، واليهود بعكسهم مع أنه إذا باع إلى صوم اليهود فالحكم فيه كذلك لا يتفاوت فيكون معناه إلى صوم النصارى وفطرهم إلى فطر اليهود وصومهم فاكتفي بذكر أحدهما، وقوله: (**إن لم يدرِ المتعاقد أنَّ ذلك**) بيان

وإلى قدوم الحاج والحصاد والقطاف والدياس ولو كفل إلى هذه الأوقات صح ولو أسقط الأجل قبل حلوله صح..

لجهة الفساد وهو الجهالة وفيه إيماء إلى أنها لو انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز للعلم بمدته وهي خمسة وخمسون يوماً، واعلم أن صحة تأجيل الثمن إذا كان الأجل معلوماً في الثمن الدين أمّا العين فيفسد البيع، كذا في «الفتح».

(و) لا يصح أيضاً (**إلى قدوم الحاج والحَصاد**) بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع (**والدياس**) وهو وطء المحصود بقوائم الدواب (**والقطاف**) بكسر القاف والفتح فيه لغة قطع العنب من الكرم للجهالة المفضية إلى المنازعة بتقدم هذه الأوقات وتأخرها، زاد في «الهداية» الجذاذ وفسره الشارح بجذ الصوف قال: وكذا إلى أنجذ الصوف بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص بالنخل.

وفي «العناية» الجذاذ قطع الصوف والنخل والزرع والشعر (**ولو كفل إلى هذه الأوقات**) المتقدمة (**صح**) التكفيل، لأن الجهالة اليسيرة متحملة بها، ألا ترى أنها تتحمل في أصل الدين؟ بأن يكفل بما ذاب على فلان فنفى وصفه أو لا بخلاف الفاحشة كالكفالة إلى هبوب الريح ونحوه، وهذا يشير إلى اليسرة ما كانت في التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح كذا في «العناية».

وفي «السراج» التأجيل إلى نحو هبوب الريح ليس تأجيلاً لأن الأجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح قد يتصل بكلامه، فعرفنا أنه ليس بأجل انتهى. ولما كان مبنى البيع على المماسكة لم تتحمل فيه الجهالة اليسيرة (**وإذا أسقط الأجل**) أي: أسقط المشتري الأجل في البيع إلى هذه الأوقات (**قبل مجيئها**) بناه للمجهول، لأن قول القدوري: فإن تراضيا على إسقاطه مما يوهم أن التراضي شرط وليس كذلك قاله العيني وليس في عبارته ما يعين البناء للمجهول والظاهر بناؤه للمعلوم، وإلى ذلك يشير قول الشر ثم أسقط المشتري الأجل وجزم بأن قول القدوري تراضيا وقع اتفاقاً لا مخرج الشرط وهو الأولى (**صح**) البيع لارتفاع المفسد قبل تقرره، ولو باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات جاز، لأن هذا التأجيل الدين والجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في صلب العقد كذا في «الهداية» / [٣٨٥/ب] . وفي «الخانية» قال ابن الفضل: يفسد البيع، وعن محمد لا يفسد ويصح التأجيل وينبغي أن يخرج هذا على ما لو ألحقا به شرطاً فاسداً وقدمنا ترجيح أنه لا يلتحق قيد بهذه الآجال، لأنهما لو تبايعا إلى هبوب الريح ثم أسقطاه لا ينقلب جائزاً لأن الفساد في صلب العقد، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد حيث لا ينقلب جائزاً، وقياس هذا أنه لو باعه بألف ورطل في خمر ثم أسقط الرطل أنه لا ينقلب جائزاً.

ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك.

وحكى في «جامع الفصولين» الإجماع عليه، إلا أن المذكور في «فتح القدير» عن نص محمد انقلابه صحيحاً، وأجاب بأنه تبع للألف الثمن في بيع المسلم، بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن، (**ومن جمع بين حر وعبد**) وباعهما (**أو**) جمع (**بين شاة ذكية وميتة**) كذلك (**بطل البيع فيهما**) أي: في الجمعين وإن فصل الثمن عند الإمام، وقالا: إن فصله صح فيما يقبل البيع وبطل في الآخر لتعدد الصفقة بتفصيله فلا يسري الفساد، وله أن العقد عليهما صفقة واحدة، ألا ترى أنه لا يملك القبول في أحدهما دون الآخر؟ وحينئذ يكون قبول العقد فيما لا يصح العقد فيه شرطاً لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطاً فاسداً، وفيه بحث من وجوه الأول لا نسلم اتحادها مع بيان الثمن ليلزم ما ذكر الثاني أن الشرط المفسد كما مر فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود في الحر إنما يكون شرطاً لقبوله في العبد إذا صح الإيجاب فيهما لكنه لم يصح إلا في أحدهما.

وأجيب عن الأول بأن تقررهما عنده لا بد فيه من تفصيل الثمن ومن تكرار لفظ البيع، وعن الثاني بأن فيه نفعاً لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خالياً عن العوض فيكون ربا، وما أجيب من منع اشتراط النفع في إفساد الشرط فليس بشيء، وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح في العقد والشرط جميعاً فلا يكون مما نحن فيه، (**وإن جمع بين عبد ومدبر**) أو مكاتب ولم يقل أم ولد لأنه لا يرى نفاذ القضاء ببيعها، وقدمنا عن البزازي أنه الأظهر وهكذا قال الأسروشتي في «فصوله».

وفي قضاء «الجامع» أنه يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر إن أمضاه مضى وإن أبطل بطل وهذا أوجه الأقاويل قاله العيني، (**أو بين عبده أو عبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك**) لف ونشر مرتب وهذا قول الثلاثة، وقال زفر: يفسد في الكل كالجمع الأول، ولنا أنه باعهما بثمن معلوم فانعقد عليهما جملة واحدة فنفذ في القن والملك بالحصة وتوقف في المدبر ونحوه على القضاء كما مر، وفي عبد الغير على إجازة مولاه.

وأمّا في الملك والوقف ففيه روايتان وما جزم به المصنف هو الأصح لأن الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال بخلاف المسجد حيث يبطل فيما ضم اليد لأنه ليس بمال فصار كالحر، ولذا لو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح، وفي

فصــل

قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع........................

«المحيط» قيل: يصح في الملك وهو الأصح، واستشكله الشيخ بأن المسجد كالحر فكيف يجوز البيع فيما ضم إليه؟ ولا سبيل لهذا إلا إذا جعل استثناء للمساجد فيكون كأنه باعه غير مواضع المسجد.

تكميل: قد علمت أن الأصح في الجمع بين الوقف والملك أنه يصح في الملك وقيده بعض موالي الروم وهو مولانا أبو السعود جامع أشتان العلوم تغمده الله برضوانه أنه بما إذا لم يحكم بلزومه فأفتى بفساد البيع في هذه الصورة، ووافقه بعض علماء العصر من المصريين ومنهم شيخنا الأخ إلا أنه قال في شرحه هنا يرد عليه ما صرح به قاضي خان من أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه، وليس هو الحر بدليل أنه لو ضم إلى ملك لا يفسد البيع في الملك وهكذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو الإطلاق الوقف لأنه بعد القضاء، وإن صار لازماً بالإجماع لكنه يقبل البيع بعد لزومه إمّا بشرط الاستدلال على المفتى به من قول أبي يوسف، أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه ونحو ذلك.

فصل في أحكام البيع الفاسد

ولما كان حكم الشيء يعقبه ذكر أحكام الفاسد عقيبه **(قبض المشتري المبيع)** ولو وكيلاً، وفيه إيماء إلى أنه ليس مقبوضاً له حتى لو كانت وديعة حاضرة ملكها كما في «جميع التفاريق» وهل التخلية قبض؟ اختلفت الروايات، والأصح أنها ليست بقبض كذا في «المجتبى» و«العمادية»، وفي «الخلاصة»: التخلية كالقبض في البيع الفاسد وفي بيع «الجامع الكبير» وصححه في «الخانية».

وأقول: يجب أن يكون ما في «التفاريق» مخرجاً على أن التخلية قبض وإنما قيد بكونها حاضرة، وإلا فقد مر أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع فتنبه لهذا وعمّ كلامه القبض الحكمي لما قدمنا من أن أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاستلزامه القبض **(في البيع الفاسد)** وفي بيع الوصي مال اليتيم بغبن/ [٣٨٦/أ] فاحش أهو باطل أو فاسد؟ كما في «القنية» وفيها أن بيع التلجئة باطل. قال في «البحر»: وينبغي أجر القولين في استبدال الوقف بمسوغ بغبن فاحش وترجيح الفساد فيهما، لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف **(بأمر البائع)** أي: بإذنه في ظاهر المذهب ولم يقل برضاه ليعم المكره غير أنهما ما داما في المجلس اكتفي به ولو دلالة كسكوته عند قبض المشتري استحساناً هو الصحيح وبعده لا بد من صريح

وكل من عوضيه مال ملك المبيع.........................

الإذن إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذناً بالقبض دلالة لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه قبل الافتراق ولم ينهه كان الحكم كالتسليط إلا أنه لضعفه عن إفادة حكمه تقيد بالمجلس، ولو أمر البائع أن يعمل فيه عملاً ينقصه أو لا كالقصارة والغسل بأجرة أو بغير أجرة فما كان ينقصه فهو قبض وما لا فلا، وللبائع الأجر في الوجهين هلك المبيع أو لا، كذا في «السراج».

ومن فروع المسألة ما لو كان براً فجعله البائع طعاماً بأمر المشتري صار قابضاً وعليه مثله، كما في «جامع الفصولين» (**وكل من عوضيه مال**) أي: متقوم لتحقق ركن البيع أعني مبادلة المال بالمال خرج به البيع بالمعية ونحوها، والبيع مع نفي الثمن في رواية فإنه باطل، وهذه الرواية جزم بها في «الهداية» وغيرها.

أمّا مع السكوت عنه ففاسد ويثبت الملك بالقبض موجباً للقيمة لأن مطلق البيع يقتضي المعاوضة فإذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته، وكأن باعه بقيمته فيفسد البيع وهذا القيد يعني قوله وكل إلى آخره مستغنى عنه بقوله في البيع الفاسد لأن فساده لا يوجد بدون هذا الشرط لا يقال: إنه يوجد بدونه في البيع المسكوت فيه عن الثمن لأن أحد العوضين القيمة كما قد علمت وهي مذكورة حكماً، وحاول في «البحر» الجواب بأن بعضهم أطلق على بيع الخمر ونحوه اسم الفاسد فربما توهم أنه يملك بالقبض فصرح بما يخرجه.

وأقول: هذا مما لا حاجة إليه بل الفاسد أعم على ما التزموه في أول الباب وحينئذ فلا بد من التصريح بهذا القيد لإخراج الباطل وهذا مما يجب أن يفهم من كلامهم في هذا المقام، ومن تأمل ما في «الهداية» وغيرها وجده كالتصريح به ثم رأيته في «الحواشي السعدية» قال في قول صاحب «الهداية» شرط أن يكون العوضان كل منهما مال ليتحقق ركن البيع يعني ليظهر تحققه فإن الفاسد قد يستعمل في المعنى العام للباطل أيضاً، وهذا طبق ما فهمته فتنبه له، وعلى هذا فقول الشر أن قوله في البيع الفاسد احترازاً عن الباطل مما لا ينبغي إذ الباطل إنما خرج بقوله وكل من عوضيه مال كما قد علمت (**ملك المبيع**) هذا قول البلخيين، وقال العراقيون: إنما يملك التصرف فيه فقط بحكم تسليط البائع لقول محمد إنما جاز بيعه لأن البائع سلطه على ذلك، ولذا لا يحل له أكله ولا وطء لأمة ولا يطيب له ريحه فإن فعل وجب العقر عليه بعد التوبيخ ولا شفعة للشفيع وجه الأول وهو الأصح. وفي «الفوائد» وهو المختار أن الأب أو الوصي لو باع للصغير عبداً بيعاً فاسداً فأعتقه المشتري فعند عتقه نفذ ولا يملكان الإعتاق ولا التسليط عليه، وقد نص محمد في

بقيمته ولكل منهما فسخه ....

كتاب «الشهادات» على أنه يملك الرقبة، ولذا كان له الولاء بإعتاقه إيّاه واستحق المشتري الشفعة بالجوار وعلى البائع الاستبراء عند الرد وهذا فرع ثبوت ملكه، وتسليطه البائع إنما كان بتمليكه وإنما لا يحل له الأكل ونحوه لما فيه من الإعراض عن الرد الواجب شرعاً وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد.

وفي «المحيط» باع من ابنه الصغير فاسداً أو اشترى عبده لنفسه فاسداً لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله انتهى، ومن فوائد قوله ملكه أنه لو سرقه البائع قطع به، كذا في «السراج» وهو مشكل ففي «الظهيرية» تزوجها البائع بعد قبض المشتري لم يجز. وفي «القنية» لو لم يقبضها فزوجها البائع منه صح، وهذا يقتضي قيام شبهة ملك له وإلا لصح نكاحه فعدم القطع بالقواعد أليق (**بقيمته**)، قيل: أراد بها البدل لأنه إذا هلك إنما تجب قيمته لو كان قيمياً يوم قبضه وقال محمد يوم أتلفه ويجب مثله لو كان مثلياً والواجب قبله إنما هو رد العين.

وفي «جامع الفصولين» قال البائع: أبرأتك عن القن ثم مات عندي المشترى برئ إذ القيمة تجب بهلاك المبيع فقبله لا يصح الإبراء، لكن بالإبراء خرج عن كونه مضموناً وعلى هذا لو أبرأ الغاصب عن القيمة حال قيام المغصوب صح انتهى، وهذا معنى قولهم البراءة عن الأعيان لا تصح لكن تصيرها أمانة، والقول في القيمة للمشتري مع اليمين والبينة للبائع وإنما ملكه لوجود ركن البيع من الأهل والمحل والنهي يقرر الشرعية عنده لاقتضاه التصور، كذا قالوا وفيه نظر (**ولكل**) واحد (**منهما فسخه**) رفعاً للفساد، كذا في «الهداية» وهذا يقتضي أن الواجب أن يقال: وعلى كل واحد منهما فسخه غير أنه أراد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه، كذا في/ «الفتح» وجعل الشر اللام بمعنى على، ومنه وإن أسأتم فلها وكأن صاحب «الهداية» أراد هذا المعنى فعلل بما سمعتم وعليه فليس التعليل أخص من الدعوى وبه عرف أن هذا الجعل لا بد منه في كلام «الهداية» وهو الأرجح في كلام المصنف لأنه وإن جاز أن يريد بيان ثبوته ولاية الفسخ إلا أنه حينئذ يكون ساكتاً عن إفادة وجوبه وعلى ذلك الجعل يكون كلامه مفيد للشيئين، إذ الوجوب قدر زائد على ثبوت الولاية ثم إطلاقه يفيد أن له ذلك سواء كان قبل القبض أو بعده.

[٣٨٦/ب]

أمّا الأول فظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه غير أنه لا بد من عمله دون رضاه، وأمّا الثاني فلا يخلو إما أن يكون الفساد لمعنى في أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين أو بشرط فاسد كاشتراط ما ينتفع به أحد العاقدين والبيع إلى النيروز ونحوه، فإن كان الأول كان كالذي قبل القبض وجوزه الثاني بغير علم الآخر،

إلا أن يبيع المشتري أو يهب ....

وإن كان الثاني كان لمن له منفعة الشرط أن يستقل بفسخه بعلم صاحبه عند محمد واقتصر عليه في «الهداية».

وعلله في «الذخيرة» بأنه يقدر على إسقاط الشرط فيصح العقد، فإذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد، والعقد إذا كان لازماً يتمكن كل من فسخه انتهى، وهذا يفيد اختصاص المنفعة الموجبة للاستقلال بالفسخ بالمتعاقدين وقالا: لكل منهما حق الفسخ بعلم الآخر وأفاد كلامه أن الوارث يحلفه في ذلك، كما في «القنية» وأنه لا يشترط القضاء في الفسخ، كما في «البزازية» وفيها لو أصر على إمساكه وعلم القاضي به كان له الفسخ حقاً للشرع.

فـــروع

رده المشتري للفساد فلم يقبله البائع وأعاره المشترى إلى منزله وهلك عنده لا يلزمه ثمن ولا قيمة، وقيده ابن سلام بأن يكون فساد البيع متفقاً عليه، فإن كان مختلفاً فيه لا يبرأ إلا بقبوله أو قضاء القاضي، وقال الإسكاف: يبرأ في الوجهين وما قاله ابن سلام أشبه كخيار البلوغ ومنح الإجارة للعذر، كذا في «القنية».

وفي «البزازية» مات البائع وعليه دين آخر فالمشتري أحق به من الغرماء، كما في «الصحيح» (**إلا أن يبيع المشترى**) فيمتنع الفسخ لتعلق حق العبد بالثاني ونقل الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته وإطلاقه يفيد أنه لا فرق بين أن يقبضه المشتري أو لا لكنه مقيد بقيود الأول: أن لا يكون فيه خيار شرط، الثاني: أن يكون صحيحاً، فلو كان فاسداً لم يمتنع الفسخ، الثالث: أن يكون من غير بائعه، فلو باعه كان منه نقضاً للأول وشرط في «المحيط» أن يقبضه البائع، ولم يشترطه قاضي خان وجزم به في «البزازية» وفيها باع فاسداً وسلم ثم باع من غيره وادعى أن الثاني كان قبل فسخ الأول وقبضه، وزعم المشتري الثاني أنها كان بعد الفسخ والقبض فالقول له لا للبائع وينفسخ الأول بقبض الثاني، وأفاد فيها أن الفساد لو كان للإكراه فإن تصرفات المشتري كلها تنتقض بخلاف سائر البياعات الفاسدة وهو حسن والمستأجر فاسداً يملك الإجارة بعد القبض صحيحة هو الصحيح، لأن للمؤجر الأول نقض الثانية لأنها تفسخ بالأعذار (أو) إلا أن (**يهب**) المبيع ويسلمه أو يتصدق به أو يرهنه لما قلنا: والحاصل أن تصرفاته كلها نافذة فيه ينقطع بها حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفاً يقبل الفسخ أو لا يقبله إلا الإجارة والنكاح لأنه تفسخ بالعذر، وفساد الشراء عذر والنكاح بعد الفسخ يبقى على حاله، كذا في «الشرح».

أو يحرر أو يبني..

واستشكله في «البحر» مسألة النكاح بما في «الولوالجية» لو زوج المبيعة قبل قبضها وانتقص البيع فإن النكاح يبطل في قول أبي يوسف هو المختار انتهى، فيحمل على أنه قول محمد ويظهر بينهما فرق انتهى، ولو زال المانع كان رد المبيع بقضاء ويرجع الواهب ولو بغير قضاء أو فك لرهن أو عجز المكاتب عاد حق الفسخ هذا إذا كان قبل القضاء بالقيمة على المشتري، أمّا بعده فلا يعود **(أو يحرر)** أي: يعتق لأنه استهلاك له فوجب القيمة وبقي توابعه من التدبير والاستيلاد والكتابة، قال في «البحر»: وصرح بالاستيلاد في «جامع الفصولين» وبالكتابة الشر وغيره ولم أر من صرح بالتدبير.

وأقول: قد رأيته ولله الحمد، قال في «السراج» ما لفظه وإن كان المبيع عبداً فأعتقه المشتري أو دبره صح عتقه وتدبيره، وكذا إذا كانت جارية فاستولدها صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا يغرم العقر في رواية كتاب «البيوع»، وفي رواية أخرى يرد العقر واتفقت الروايات أنه إن وطئها المشتري ولم تعلق منه أنه يرد الجارية والعقر انتهى، وسكت كثير عن الوقف والمنقول في فصول الأستروشتي أنه لو وقفه أو جعله مسجداً لا يبطل حق الفسخ ما لم يبين خلافاً لهما وغرس الأشجار على هذا انتهى، وتبعه قاضي سماونة في «جامع الفصولين».

[١/٣٨٧] إلا أن الذي جزم به الخصاف أن الوقف حيث كان صحيحاً انقطع به/ حق البائع من قبل أنه استهلك العين حين وقفها وأخرجها عن ملكه، والظاهر أن ما في «الفصول» رواية **(أو)** إلا أن **(يبني)** شروع، فيما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية بعد الفراغ من القولين وهذا عند الإمام، وقالا: ينقض البناء وترد الدار، وعلى هذا لو غرس لهما أن حقه في الاسترداد آكد من حق الشفيع وحقه لا يبطل مع ضعفه فهذه أولى، ولأن البناء والغرس مما يصد بهما الدوام وقد حصل بتسليط من البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع، قال في «الفتح»: وقولهما أوجه وكون البناء يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الإجارة وعلى إيجاب القلع فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا.

وأقول: البناء الحاصل بتسليط البائع إنما يقصد به الدوام بخلاف الإجارة إذ لا تسليط فيها، وبهذا عرف أن محط الاستدلال إنما هو التسليط من البائع وكل ما هو كذلك نقطع به حق الاسترداد كما نبه عليه في «العناية»، وليس البناء بقيد بل كان بفعل ينقطع به حق المالك في الغصب إذا فعله المشتري في البيع فينقطع به حق البائع في الاسترداد كما إذا طحن بالحنطة، ونبه به على أن الزيادة إذا كانت متصلة

وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري.......

غير متولدة من الأصل فإنها تمنع الفسخ ومنه الصبغ والخياطة ولت السويق بخلاف المتولدة، فللبائع أخذ الزائد ولا يطيب له ولو نقص في يد المشتري بآفة سماوية أخذ البائع مع الأرش، وكذا لو بفعل المشتري أو المبيع أو بفعل البائع صار مستردا حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع، ولو بفعل أجنبي يخيّر البائع إن شاء أخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني، وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري به كالغصب، كذا في «جامع الفصولين».

(**وله**) أي: للمشتري بعد التفاسخ أي (**يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن**) لأن المبيع مقابل به فيصير محسوساً كالرهن قيل: أراد بالثمن القيمة التي أخذها وليس بلازم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضيا عليه عرضاً كان أو ثمناً نقداً، فإن كان قائماً أخذ عينه لتعيين الدراهم في الفاسد على الأصح، كما في «الهداية» وإلا فمثله وعلى هذا الإجارة الفاسدة والرهن والقرض ولم يذكروا الصرف والسلم التقاء بذكر البيع لأن هذه عقود معاوضات، وفيها تجب التسوية بين البدلين، ولو مات واحد من هؤلاء كان أحق بما في يده من العين من سائر الغرماء، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى فما فضل فللغرماء بخلاف ما لو مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة حيث لا يختص بدين الحوالة أو الوديعة، لأن الاختصاص إنما يوجبه ثبوت الحق مع اليد ولا يد للمحتال، كذا في «الفتح» والإجارة الصحيحة كالفاسدة ففي «الخلاصة» و«الخانية» ولو مات وعليه ديون فالمستأجر أحق بالمستأجر على غرمائه، وهكذا في بيوع «الجامع» إلا أنه صورها في العبارة الطويلة.

قال في شرح «المنظومة»: والتقييد بها خرج مخرج الغالب، وفي بيوع «الجامع» أيضاً لو تفاسخا الشراء والإجارة فالذي في يده الغبن أحق بها من سائر الغرماء تباع في دينه، فإن فضل شيء أخذه بقية الغرماء انتهى.

واعلم أن إطلاق «الكتاب» مقيد بما إذا كان الثمن بنقود، أمّا إذا لم يكن كما إذا اشترى من مدينه عبداً بدين سابق شراء فاسداً وقبضه بالإذن فأراد البائع أخذه بحكم الفاسد ليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والإجارة الفاسدة، وكذا الرهن الفاسد على هذا بخلاف ما إذا كانت العقد صحيحاً في الأبواب الثلاثة، والفرق في «الكافي» (**وطاب للبائع ما ربح**) فالثمن (**لا للمشتري**) ما ربح في المبيع بأن باعه بأزيد مما اشترى، والأصل في هذا أن المال منه مالاً يتعين في المعاوضات كالدراهم والدنانير وما يتعين وهو ما سواهما، والخبث يكون لعدم الملك في المبدل

ولو ادَّعى على آخر دراهم فقضاه إياها ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه طاب ربحه..........

أو لفساده، فالأول يعمل في النوعين حتى أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب والوديعة سواء كان عرضاً أو نقداً أو أديا ضمانهما وفضل الربح تعين التصدق به عند الإمام ومحمد، والثاني إنما يعمل فيما يتعين كالمبيع لتعلق العقد الثاني بالعين فتمكن الخبث فيه دون ما لا يتعين لعدم تعلق العقد الثاني بالعين فلم يتمكن الخبث، وهذا إنما يتم على رواية عدم تعين النقد، وقد مر أن رواية التعين هي الأصح وحينئذ فالأصح وجوب التصدق على البائع بما ربح، غير أن التفصيل الواقع في «الكتاب» هو صريح الرواية في «الجامع الصغير» وحينئذ فالأصح أن الدراهم لا تتعين في الفاسد، كذا في «الفتح» ملخصاً.

قال صدر الشريعة: ويمكن التوفيق بأن لهذا العقد شبهين شبهاً بالغصب وشبهاً بالبيع فإذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعياً في رفع العقد الفاسد، وإذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئاً يعتبر شبه البيع حتى لا يسري/ الفساد إلى بدله. [٣٨٧/ ب]

قال يعقوب باشا: هذا التوفيق إنما يفيد دليل للمسألة لا يرد عليه ما يرد عليها فالمناسب أن يقال: إنَّ كلام صاحب «الهداية» في المسألة الأخيرة على الرواية الصحيحة لا على الأصح وهي أنها تتعين في البيع الفاسد كما يشير إليه في «العناية» إلا أن يقال: مراد القائل بالتعين الذي هو الأصح التعيين في صورة لونها قائمة لا تعينها مطلقاً لكنه في الفاسد خلاف ما صرحوا به انتهى، وعبارته في «العناية» هذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي لا تتعين على الأصح وهي التي تقدمت أنها تتعين.

قال في «الحواشي السعدية»: وفيه بحث فإن عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو ثمن البيع الفاسد إنما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه في الأول فقوله إنما يستقيم إلخ فيه ما فيه، وقد أخذ صاحب «البحر» قول يعقوب باشا إلا أن يقول إلخ فقال: وقد ظهر لي أن لا منافاة بينهما فالتعيين بالنسبة إلى رد العين وعدمه بالنسبة إلى طيب الربح، وقد علمت ما فيه.

(**ولو ادعى على آخر دراهم**) فصدقه على ذلك (**فقضاه**) أي: وفاه (**إيّاها ثم تصادقا**) بعد ذلك (**أنه لا شيء له عليه**) مما ادعى به (**طاب**) له، أي: للمدعي (**ربحه**) أي: ما ربح فيها لأن الخبث هذا لفساد الملك لأن الدين وجب بالإقرار ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوكاً ملكاً فاسداً فلا يعمل فيما لا يتعين خبثاً فطاب له الربح، والدليل على أنه مملوك أن من اشترى عبداً بجارية فأعتق العبد واستحقت الجارية نفذ عتقه، ولو لم يكن مملوكاً لم ينفذ فلو حلف لا يفارقه حتى لا يستوفي حقه فباعه المديون عبداً لغيره بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا حنث لأن

وكره النجش والسوم على سوم غيره........................

المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفياً حقه، ذكره قاضي خان في «الجامع الكبير». قال في «الفتح»: واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلاً عما يزعم أنه ملكه، أمّا لو كان في أصل دعواه الدين معتمداً الكذب فدفع إليه لا يملكه أصلاً لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه، قال في «الفتح»: فظاهر إطلاقهم خلافه أن المنظور إليه وجوبه بالإقرار لا زعم المدعي.

وأقول: قد صرحوا في الإقرار بأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذباً في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه، أمّا لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد خلافاً لأبي يوسف كما سيأتي وح[1]، فلا يطيب له ربحه ويحمل كلامه هنا على ما إذا ظن أن عليه ديناً بإرث من أبيه مثلاً ثم تبين أن وكيله أوفاه لأبيه فتصادقا أن لا دين حينئذٍ يطيب له، وهذا فقه حسن فتدبره.

(وكره النجش) لما كان المكروه شعبة من شعب الفاسد لاستوائهما في البيع إذ المكروهات هنا كلها تحريمية ألحقه به وأخره لأنه أدنى حالاً منه في فساد العقد، وهذا لأن الفاسد فيه لمعنى لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة فكان صحيحاً، واستشكله في «الكافي» بأن البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد إلا أن يؤول الخارج بالمجاور والنَجَش بفتحتين ويروى بالسكون، كذا في «المغرب» أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره، كذا في «الهداية»، قيل: أو يمدح المبيع بما ليس فيه ليروجه.

قال القرماني في شرح «المقدمة»: وفي «القاموس» ما يفيده حيث قال: هو أن يتواطأ رجلاً إذا أراد بيعاً في أن يمدحه أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه بها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها، أو أن ينفر الناس عن الشيء لا غيره وإشارة الصيد والبحث عن الأعشى وأمانة والجمع والاستخراج والإيعاد وكالنجاشة وإنما كره للنهي، عنه كما في «الصحيح» وحمله المشايخ على ما إذا كان الطالب يطلبها بقيمتها، فإن طلبها بأنقص لا بأس بأن يزيد إلى أن تبلغ قيمتها.

(و) كره أيضاً **(السوم)** وهو طلب المبيع بالثمن من الثمن الذي دفعه غيره بلا عذر **(على سوم غيره)** لخبر «الصحيحين» لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه[2] وهو محمول عندنا في البابين على ما إذا تراضى العاقدان على مبلغ فيعطيه آخر أكثر منه أو مثله فيبيعه له أو يزوجه لوجاهته فإنه لم يركن أحدهما

---

(١) هكذا في الأصل ولم يصرح المؤلف رحمه الله بمراده من هذين الحرفين.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٣)، ومسلم في صحيحه (١٤١٢).

وتلقي الجلب وبيع الحاضر للبادي والبيع عند أذان الجمعة............

إلى الآخر فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد أو يتزوج كذلك ولم يقل كما في الحديث على سوم أخيه تنبيهاً على أنه فيه ليس قيداً بل لزيادة التنفير لقوله في الغيبة: «ذكرك أخاك بما يكره»[١] إذ لا خفاء في منع غيبة الذمي، وكذا السوم على سومه وينبغي أن يكون المستأمن كذلك وصورة البيع على بيع أخيه أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر: أنا أبيعك مثلها بأنقص وأدخله بعض الشافعية في السوم.

(و) كره أيضاً (**تلقي الجلب**) بفتح اللام بمعنى المجلوب زاد في «المجمع» إذا أضر ولبس عليهم لأن النهي عنه الوارد في الصحيحين محمول على ذلك، وصورة الأول أن يتلقى الميرة فيشتري منه ثم يبيعه بما شاء من الثمن، والثاني أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم غافلون عنه لما في الأول من الأظهر وفي الثاني من الضرر حتى لو لم يضره لم يكره.

[٣٨٨/أ] (و) كره أيضاً/ (**بيع الحاضر للبادي**) لخبر الشيخين «لا يبع حاضر لباد»[٢] وفسره ابن عباس بأن لا يكون له سمساراً وهو المتوسط بين البائع والمشتري، ومن ثم فسره في «الاختيار» بأن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بسعر أغلى من الموجود وقت الجلب، وقول الحلواني: هو أن يمنع السمسار القروي من البيع ويتوكل له ويبيع ويتغالى، ولو تركه يبيع لنفسه لرخص على الناس قريب منه وهذا التفسير هو الأصح، كما في «المجتبى» وعلى هذا تفسير ابن عباس ليس تغييراً لصورة النهي بل لضدها وهي الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن كمية نهي بيع الحاضر للبادي قال: المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه بالسمسار، كذا في «الفتح» وقول صاحب «الهداية» هذا إذا كان له أهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعاً في الثمن الغالي يقتضي أن الحاضر هو المالك البائع وعلى الأول فهو السمسار.

(و) كره أيضاً (**البيع عند أذان الجمعة**) وهو الواقع بعد الزوال على ما مر لقوله تعالى: ﴿وذروا البيع﴾ [الجمعة:٩] ولأن فيه إخلالاً بالواجب أعني السعي بتقدير جلوسهما أو فوقهما له، ومن هنا قال أبو اليسر في «أصوله»: لو تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به، وجزم به في «الحواشي اليعقوبية» وتبعه في شرح «الدرر»، واستشكله الشر بأن الله تعالى نهى عن البيع مطلقاً، فمن جوّزه في بعض الوجوه يكون تخصيصاً وهو

---

(١) أخرجه مسلم في البر والصلة (٢٥٨٩)، والترمذي في البر والصلة (١٩٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٣)، ومسلم في صحيحه (١٥٢٠).

لا بيع من يزيد ولايفرق بين صغير وذي رحم محرم منه........................

نسخ فلا يجوز. قال في «الحواشي اليعقوبية»: وفيه بحث ولعل وجهه أن النهي حيث كان معللاً بالإخلال بالسعي فإذا انتفى انتفى والله الموفق.

(**لا**) يكره (**بيع من يزيد**) وهو صفة البيع في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة كيف وقد صح «أنه ﷺ أتاه رجل من الأنصار يسأله صدقة فقال: أما في بيتك شيء؟ فقال: حلس ألبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء، قال: آتني بهما، فأخذهما ﷺ وقال: من يشتري هذين؟ فقال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال: ومن يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً؟ فقال رجل: أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه»[١] الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة، (**ولا يفرق**) المالك هذا نوع من البيع المكروه وأخره، لأن الكراهة فيه بمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه بخلاف ما مر وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع، أي: لا يفرق ببيع أو هبة أو قسمة ميراث أو غنيمة أو وصية ولا ينتظر فيها أن يتأخر بعد الموت إلى انقضاء زمان التحريم لأن ذلك يوهم (**بين صغير وذي رحم محرم منه**) سواء كان صغيراً أو كبيراً، أو الأصل ما فيه ما رواه الدارقطني وابن ماجة: «لعن رسول الله من فرق بين الوالد وولده وبين الأخ وأخيه»[٢] ونبه بقوله وذي رحم محرم أن مناط المنع القرابة المحرمة للنكاح فخرج المحرم إذا كان غير قريب كمحرم الرضاع وامرأة الأب والقريب غير المحرم كابن العم ولا يرد عليه ابن العم إذا كان من الرضاع، فإنه وإن كان رحماً محرماً لكنه لا يعطى هذا الحكم لأن المراد المحرم من جهة الرحم.

وقولنا: لا يفرق بيع إلخ يخرج ما لو كان التفريق بإعتاق على مال وتوابعه وبيعه ممن حلف بعتقه أو كان بحق كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين أو بإتلاف مال إنسان ورده بالعيب، ومنه ما في «المبسوط» ذمي زوج عبده أمة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغيراً أجبر على بيعه مع ابنه لأنه صار مسلماً بإسلام أبيه وإن لزم منه التفريق بينه وبين أمه قالوا: ولو كان في ملكه ثلاثة أحدهما صغير جاز له بيع أحد الكبيرين، ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب، فإن اختلفت قرابتهما لا يفرق كالأبوين بأن ادعياه معاً من أمة بينهما والأب والأم والأخت لأب والأخت لأم فإن اتحدت جهة قرابتهما كالأخوين اكتفي بأحدهما، وإن كان أحدهما أقرب لا يعتد بالأبعد ولو باع الأم على أنه بالخيار ثم الولد يكره التفريق، ولو اشترى الأم بالخيار

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٤١) وابن ماجه في سننه (٢١٩٨)، والترمذي في البيوع (١٢١٨)، والنسائي في البيوع (٤٥٠٨).

(٢) أخرجه الدارقطني في العلل (١٣٠١) (٧/٢١٧)، وابن ماجه في التجارات (٢٢٥٠).

بخلاف الكبيرين والزوجين.

باب الإقالة

والولد في ملكه كان له ردها اتفاقاً هذا إذا كان المالك مسلماً حراً أو مكاتباً أو مأذوناً، فإن كان كافراً لم يكره، كذا في «النهاية» معللاً بأن ما هو عليه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع.

قال في «الفتح»: والوجه أنه إن كان ملتهم حلالاً يتعرض لهم وإلا فلا يجوز وإذا عرف هذا بقوله في «الفتح» أو لا لو كان إلخ في المستأمن فباع أحدهما فللمسلم أن يشتريه مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري المراد به الكافر، ولو كان الصغير مراهقاً ورضيت أمه بيعه جاز فتحصل من هذا أنه مكروه إلا بالإعتاق وتوابعه وبيعه ممن حلف بعتقه وكان بحق أو كان لكافر أو رضيت أمه به وكان مراهقاً فتلك إحدى عشرة صورة اقتصر في «الفتح» منها على ثمانية.

واعلم أن فسخ المكروه واجب على كل منهما أيضاً كما صرح به في «النهاية» صوناً لهما عن المحظور ولو قاله المص كما في الفاسد لكان أولى (**بخلاف الكبيرين والزوجين**) حيث يجوز تفريقهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع إلحاقاً بالدلالة إذا كان أصله/ على خلاف القياس وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام [٣٨٨/ ب] أهدى له المقوس مارية وسيرين - بالسين المهملة - فوهب سيرين لحسان لكن جاء في بعض الطرق أنه وهبها لجهم بن قيس العبدي وجمع بينهما بأن المهدى كان ثلاث كما رواه البيهقي[١].

باب الإقالة

لا شك أن الإقالة بيان لكيفية رفع العقد وهو فرع ثابته ثبوته والأبواب المتقدمة كلها مع الفاسد والمكروه بيان له فأعقب الرفع معظم أبواب الإثبات، واشتقاقها من القيل لا من القول وإن الهمزة للسلب كما قد يتوهم لقولهم قلته بالكسر، وإن كان قليلاً والكثير قلته فدل على أن العين ياء لا واو، وأيضاً ذكر في «مجموع اللغة» قال: البيع قيلاً فسخه، وفي «المصباح» هذا لغة وأقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه، ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد انتهى.

وفي «السراج» هي لغة: الرفع، وشرعاً: رفع العقد، أي: عقد البيع وما في «البحر» من أن هذا تعريف للأعم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما ففيه نظر، وركنها

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٨).

هي فسخ..........................

الإيجاب والقبول الدالين عليها بماضيين أو أحدهما كالنكاح وقال محمد: لا بد من الماضيين كالبيع، وجعله في «الخانية» قول الإمام محمد وفي «الخلاصة» واختاروا قول محمد وقول أبي يوسف مشكل لأنه يقول بيع كما سيجيء والبيع لا ينعقد بذلك كما مر، وجوابه أنه إنما لم يعطها حكمه لأن المساومة لا تجري فيها فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع والقبول يكون القبول بالفعل أيضاً كما إذا قطعه قميصاً في فور قول المشتري أقلتك ولا يتعين لفظ الإقالة. بل لو قال: تركت البيع أو فسخته وقال: الآخر رضيته أو أجزته تمت فينعقد بالتعاطي أيضاً ولو من أحد الجانبين هو الصحيح، كما في «البزازية» شرائطها رضى المتعاقدين وكون المبيع قابلاً للفسخ بخيار من الخيارات، فلو زاد زيادة تمنع الفسخ لم تصح خلافاً لهما واتحاد المجلس، وأن لا يبرأ البائع المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع فإن فعل لم تصح الإقالة، كما في «القنية» وأن لا يكون البيع بأكثر من القيمة في بيع الوصي أو شرائه، فإن كان لم تصح إقالته.

وفي بيوع «القنية»: اشترى المأذون غلاماً بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم تصح إقالته ولا رده المبيع بعيب، وكذا الوصي والمتولي على الوقف، وكذا لو أجره ثم قال: ولا صلاح فيها وفي «العناية» وشرطها أن يكون بالثمن الأول انتهى. لكن سيأتي أن اشتراط غيره لغو، ولو كان شرطاً لها لانتفت بانتفائه فالظاهر أنه من أحكامها، ومن الشرائط أيضاً قبض بدل الصرف في إقالته وقيام المبيع كما سيأتي وهي مندوب إليها لخبر «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»[1] وقد مر أن رفع العقد المكروه واجب كالفاسد وينبغي أن تكون واجبة أيضاً فيما إذا أخره البائع يسيراً، أمّا إذا كان فاحشاً كان له الرد على الأصح كما سيأتي، وقد بيّن حكمها بقوله: (**هي فسخ**) في أحد المتعاقدين هذا إذا كانت قبل القبض بالإجماع، أمّا بعده فهو قول الإمام إلا إذا بعد زمان ولدت المبيعة فيبطل وقال أبو يوسف: هي تبع إلا إذا تعذر بأن وقعت قبل القبض في منقول فيكون فسخاً إلا إذا تعذر أيضاً بأن ولدت المبيعة والإقالة قبل القبض فتبطل وقال محمد: هي فسخ إن كانت بالثمن الأول أو بأقل ولو بأكثر أو بجنس آخر فبيع، والخلاف مقيد بما إذا كان بلفظ الإقالة، أمّا لو كانت بلفظ المفاسخة أو المتاركة أو الرد لا يكون بيعاً اتفاقاً.

قال في «السراج»: ولو كانت بيعاً إجماعاً كما إذا قال له بعني ما اشتريت فقال: بعت ثم فائدة كونها فسخاً يظهر في مسائل أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة إلا أنه لا يصح تعليقها بالشرط كما في «البزازية» ولو باعه المبيع منه ثانياً بعدها قبل

---

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات من غير قوله «نادماً» (٢١٩٩).

في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وتصح بمثل الثمن الأول وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب...

القبض جاز، وكذا لو وهبه منه ولو كان المبيع مكيلاً فقبضه بعدها من غير كيل جاز، ومقتضى قول أبي يوسف أنها بيع أنه لا يجوز، وكذا قال في «البدائع» هذا على يطرد على أصل أبي موسى وعليه رد الثمن الأول وتسمية غيره باطلة كما سيجيء.

واعلم أن هذا غير مجرى على إطلاقه بل فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط، أمّا إذا لم يكن منها بل وجب بشرط زائد فالإقالة فيه تعتبر بيعاً (**في حق المتعاقدين**) أيضاً، كما اشترى بالدين المؤجل عيناً قبل حلول الأجل ثم تقايلا عاد الدين حالاً كأنه باعه منه وكما إذا أعاده رجل بعد الإقالة وشهد المشتري بذلك لم يقبل لأنه هو الذي باعه، ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخاً لقليت، ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع آخر وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته؟ إذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقياً من جهة المشتري لكونه فسخاً من كل وجه كذا في «الشرح».

وفي «الصغرى» لو رد المبيع بعيب بقضاء عاد الأجل كما كان كفيل لا تعود الكفالة انتهى بيع جديد في حق ثالث هذا باتفاق / [١/٣٨٩] الثلاثة وجعلها زفر فسخاً في حق الكل كما في «السراج» وفائدته تظهر في مسائل أيضاً لو كان المبيع عقاراً وله شفيع سلم يقضى له بها بعد التقايل، ولو باعه من آخر ثم تقايلا أو اطلع على عيب كان في يد باعه ليس له الرد ولو لم ينقد إليه الثمن حتى باعه ثم تقايلا جاز له بيعه منه بأقل من الأول، ولو كان المبيع موهوباً ليس للواهب الرجوع بعد التقايل، ولو اشترى بعرض التجارة بعد الحول عبداً للخدمة فرده بعيب بغير قضاء واسترد العوض فهلك لم تسقط الزكاة عليه، كذا في «الشرح»، زاد في «النهاية» سادسة: هي ما مر أن قبض بدل الصرف شرط لصحة الإقالة بعد الرهن.

فأجبت بأنها موقوفة كالبيع أخذاً من قولهم: إنّها (**بيع**) جديد (**في حق ثالث**) وهو هنا المرتهن وهي سابقة، وعلى هذا لو أجّره ثم تقايلا فهي ثامنة (**وتصح**) الإقالة (**بمثل الثمن الأول**) حتى لو كان الثمن عشرة دنانير فدفع إليه دراهم عوضاً عنها ثم تقايلا وقد رخصت رجع بالدنانير لا بما دفع، وكذا لو رد بالعيب، وكذا في الإجارة لو فسخت ولو عقدا بدراهم وكسدت ثم تقايلا رد الكاسد، كذا في «الفتح».

(**وشرط الأكثر**) من الأول (و) شرط (**الأقل**) منه (**بلا تعيب**) قيد به لأنه لو تعيب جاز اشتراط الأقل وجعل الحط بإزاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط أن يكون

وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الأول وهلاك المبيع يمنع وهلاك بعضه بقدره.

النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب، ولا يجوز أن ينقص أكثر منه كذا في «الشرح» وذكر تاج الشريعة أن الزيادة والنقصان بقدر ما يتغابن فيه يجوز.

(و) شرط (**جنس آخر**) من خلاف الثمن الأول (**لغو ولزمه الثمن الأول**) عند الإمام لأن الفسخ إنما يرد على عين ما ورد عليه العقد، فاشتراط خلافه لفور الإقالة صحيحة، وعندهما مع شرط الأكثر يكون بيعاً لكونه الأصل عند أبي يوسف ولتعذر الفسخ عند محمد، وكذا في شرط الأقل عنده وعند محمد فسخ بالثمن الأول ولا خلاف أنه مع السكوت عن الثمن يجب الأول، ولو أجّل المشتري الثمن بعد الإقالة بطل التأجيل.

ولو تقايلا ثم أجله ينبغي أن لا يصح الأجل عند الإمام فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصله عنده، كذا في «القنية» وفيها أن مونة الرد بعد الإقالة على البائع وهلاك الثمن لا يمنع الإقالة، (**وهلاك المبيع**) ولو حكماً (**يمنع**) صحة الإقالة ابتداء وبقاء حتى لو أبق المبيع من يد المشتري بعدها وعجز عن تسليمه بطلت، وكذا لو هلك بعد الإقالة يعني قبل القبض لأن رفع البيع يقتضي قيامه وهو بالمبيع دون الثمن، ولذا كان هلاكه لا يمنع لعدم تعينه.

وقلنا بصحتها بعد هلاك البدلين في الصرف لأن المعقود عليه ما وجب لكل واحد بذمة صاحبه وهذا باقٍ (**وهلاك بعضه**) يمنع بعذر لأن الجزء معتبر بالكل فيتقدر (**بقدره**)، وليس منها ما لو اشترى، صابوناً ثم تقايلا بعدما قبض وزنه بالجفاف لا يجب على المشتري شيء لا كل المبيع باق كما في «الفتح» نعم منه ما لو اشترى أرضاً مع زرعها وحصده المشتري ثم تقايلا صحت في الأرض بحصتها من الثمن بخلاف ما لو تقايلا بعد إدراكه فإنها لا تجوز، كذا في «القنية». ولو تقايضا أي: تبايعا مقايضة فهلك أحدهما جازت الإقالة في الباقي لأن كلاً منهما مبيع وثمن وكان على المشتري قيمة الهالك أو مثله وعلى هذا تفرع ما اشترى عبداً بنقرة فضة أو بمصوغ يتعين فتقايلا بعد هلاك العبد صحت وعلى البائع رد الفضة بعينها، ويسترد قيمة العبد ذهباً لا فضة كي لا يكون ربا، ولو هلك بعد الإقالة رد الثمن واسترد قيمته فضة إن شاء لأن القيمة هنا إنما أوجبت بدلاً للعبد ولا رِبًا بين العبد وقيمته، كذا في «السراج».

وقالوا: لو تقايلا بعد هلاك رأس سلم العرض صحت ويضمن قيمة الهالك أو مثله باعتبار أن الثمن في هذا كبيع المقايضة لأن المسلم فيه وإن كان ديناً حقيقة لكن له حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه.

باب التولية

هي بيع بثمن سابق والمرابحة........................

تتمة: إقالة الإقالة جائزة إلا إقالة إقالة السلم فلا يجوز كما نص عليه الشر في التحالف ويجوز الإقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قولهما كالإبراء خلافاً لأبي يوسف، ولا يجوز إقالة الوكيل بالبيع والسلم بالشراء إجماعاً وفسخ الموكل مع المشتري جائز. وفي جمع «التفاريق»: إقالة الوارث جائزة ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع، ولو وهبه انفسخ يعني إذا قبل ولو قال البائع قبل القبض: أعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند الإمام وقال أبو يوسف: العتق باطل وفي «الصغرى» جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع في «الخانية» وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها إلا إذا عزم البائع على ترك الخصومة لأنه مع العزم يتم الفسخ.

ولو ادعى المشتري أنه باعه من بائعه بأقل من الثمن الأول قبل نقده وأنه فسد وقال البائع: بل أقلنا به، فالقول للمشتري يدعي الإقالة يحلف كل مع يمينه في إنكار الإقالة، فلو كان البائع هو المدعي/ [٣٨٩/ب] لذلك والمشتري يدعي الإقالة يحلف كل واحد على دعوى صاحبه كذا في «الفتح».

باب التولية

قدم أحكام المبيع لأصالته ثم أعقبه ببيان أنواع الثمن من التولية والمرابحة والربا والصرف والبيع إلى أجل، ولم يذكر المساومة وهي التي لا التفات فيها إلى الثمن الأول، والوضيعة وهي البيع بأنقص من الثمن الأول لظهورهما والحاجة ماسة إلى هذا النوع إذ المعنى يحتاج إلى فعل الذكي العارف بالتجارة فتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح وقد صح «أنه ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقال له عليه الصلاة والسلام: ولني أحدهما، فقال هو لك بغير شيء فقال له: أمّا بغير ثمن فلا»[١] وذكر السهيلي عن بعض أهل العلم أنه إنما لم يقبله إلا بالثمن وقد اتفق عليه أبو بكر أضعافه لتكون هجرته بنفسه وماله رغبة منه في استكمال الهجرة إلى الله تعالى، وأن تكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن، والتولية لغة مصدر ولى غيره وجعله والياً فكأن البائع جعل المشتري والياً فيما اشتراه، وعرفاً **(هي بيع بثمن سابق، والمرابحة)** مصدر رابح.

---

(١) ذكره الزيعلي في نصب الراية (٤/ ٣١).

به وبزيادة..

قال في «المصباح»: بعت المتاع واشتريته مرابحة إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً بيع (**به**) أي: بالثمن السابق (**وزيادة**) هذا التعريف غير مطرد ولا منعكس، أمّا الأول فلأن من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز له بيعها مرابحة، وكذا من اشترى شيئاً بثمن نسيئة لا يجوز له أن يرابح عليه مع صدق التعريف عليهما، وأمّا الثاني فلأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيع الغاصب له مرابحة بأن يقول: قام علي بكذا ولا يصدق التعريف عليه لعدم الثمن، وظاهر ما في «الشرح» يعطي أن تعريف المص صادق عليه فقال: هذا أحسن من قول بعضهم يريد القدوري هنا نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لأنه يرد عليه الغصب، إذ لا عقد فيه وقد علمت وروده على كلام المص أيضاً، ومما أورد أيضاً ما لو رقم في الثوب مقداراً ولو أزيد من الثمن الأول ثم رابحه عليه جاز، فإن غبن المشتري فمن جهله، وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقومه قيمة ثم رابحه على تلك القيمة جاز ولا يصدق التعريف عليهما.

وأجيب عن الأول بأن البيع يستلزم مبيعاً وكون مقابله ثمناً مطلقاً يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع متعين وبدلي الصرف لا ينفيان فلم يصدق التعريف عليه، وكذا قول القدوري نقل ما ملكه أي مما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول كما في «الفتح»، وهو أولى مما في «العناية» إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل، وعن الثاني بأن الثمن مقابل بشيئين فلم يصدق في أحدهما أنه بثمن أول، قال في «البحر»: والسؤال ليس بوارد كما ادعاه في «الفتح» لأنها جائزة إذا بين أنه اشتراه نسيئة.

وأقول: بل هو وارد وإنما الجواز إذا بين فلا اختصاص له بهذا بل هو في كل ما يجوز فيه المرابحة كما لو اشترى من أصوله أو فروعه إذا بين جاز كما سيأتي، وعن الثالث بأن المراد بالثمن ما قام عليه من غير خيانة لما سيأتي من أنه يضم أجرة القصار ونحوه، وعبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة فيدخل فيه المغصوب في قول القدوري بالعقد لأنه أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء، وإذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقد أجنبي لم يقدر المالك على رد القيمة وأخذه، وما ملكه بالإرث إنما يدخل الثمن بالتأويل المذكور، كما صرح به في «العناية» وإن لم يكن بد من التأويل فلا حاجة لقوله بالعقد الأول بل يكفي أن يقال: نقل ما ملكه بالثمن الأول وهذا ما قاله المص فكان أحسن فتدبره، وذكر في «البحر» تعريف أطال فيه بذكر الشروط وغير خاف عنك خروجها عن الماهيات فقط

وشرطهما كون الثمن الأوّل مثلياً وله أن يضم إلى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم.............................

وتقرير تعريف المص على هذا المنوال من خواص هذا الشرط بفضل الكبير المتعال (**وشرطهما كون الثمن الأول**) وهو ما ملك به المبيع (**مثلياً**) كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب، أما إذا لم يكن له، مثل بأن اشترى ثوباً بعبد مقايضة مثلاً ما لو رابحه أو ولاه إياه كان بيعاً بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهو مجهول قال في «الهداية»: ولو كان المشترى مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو شيء من المكيل موصوف جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزم انتهى، وصورته اشترى داراً بثوب ثم إن بايع الدار ملك الثوب من آخر فباع مشتري الدار إياها من الذي اشترى الثوب بهذا الثوب وربح درهماً جاز، ولو باعه به وبعشر قيمته أو ثمنه البيع لا يجوز، ولو كان البدل مثلياً فباعه به وبعشرة إن كان المشتري يعلم جملة ذلك صح، وإلا فإن علم في المجلس خير وإلا فسد، واعلم أن المعتبر في المحاربة ما وقع العقد عليه/ دون ما وقع عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع [٣٩٠/أ] عنها ديناراً أو ثوباً قيمته عشرة أو أقل أو أكثر كان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب، كذا في «الفتح».

وفي «الظهيرية»: اشترى بالجياد ونقد الزيوف رابح بها في قول الإمام وقال أبو يوسف: الجياد وجزم به في «المحيط» من ذكر خلاف كما في «الفتح»، وفي «السراج»: لو رابح في المثلي على بعضه جاز كقفيز من قفيزين بخلاف القيمي، وفي «المحيط» لو كان ثوباً ونحوه لا يبيع جزءاً منه معيناً، ولو باع جزءاً شائعاً جاز وقيل: يفسد البيع (**وله**) أي: للبائع (**أن يضم إلى رأس المال أجرة القصار**) للثوب (و) أجرة (**الصبغ**) بأي لون كان (و) أجرة (**الطراز**) بكسر الطاء وتخفيف الراء العلم في الثوب كذا في «المغرب»، (و) أجرة (**الفتل**) من فتلت الحبل أفتله أخرجت له طرة وهي ما يفعل بأطراف الثياب والمناديل بحرير أو كتان، (و) أجرة (**حمل الطعام**) في بر أو بحر من موضع الشراء.

(و) أجرة (**سوق الغنم**) إلى منزله والغنم مثال والمراد المواشي، والأصل إن كان ما يزيد في المبيع كالصبغ ونحوه أو قيمته كنقل الطعام يلحق به عملاً بالعرف ومن هنا قالوا: إنه يضم أيضاً أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وتطيينها وطي البئر وكري الأنهار والقناة والكراب وكسح الكروم وسقيها وسقي الزرع والكرم وغرس الأشجار وأجرة المخزن وأجرة ذبح الحيوان وسلخه واتخاذ الخشب أبواباً وثقب اللؤلؤة وثمن الثياب للرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفاً وزيادة وأجرة السمسار في ظاهر

ويقول: قام عليّ بكذا ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ فإن خان في مرابحة أخذه بكل ثمنه أوردَّه وحط في التولية........................

الرواية وفي «جامع البرامكة» أنه لا يضم، وفي «الشرح» إن كانت مشترطة في العقد تضم وإلا فأكثرهم على عدم الضم ولا تضم أجرة الدلال بالإجماع، وفي الفرق بينهما هو أن السمسار هو الدال على مكان السلعة وصاحبها والدلال هو الصاحب للسلعة غالباً، قال في «الفتح»: كل هذا ما لم تجر عادة التجار أي بالضم ويضم علف الدواب فإن عاد عليه شيء منها كلبن ونحوه أسقط بقدر ما عاد عليه وضم ما زاد، وعلى هذا لو أصاب بيضاً من دجاجة قيد بالأجرة لأنه لو عمل هذه الأعمال بنفسه لا يضم شيئاً منها، وكذا لو تطوع متطوع بها أو بإعارة.

(**ويقول قام علي بكذا**) دون اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب (**ولا يضم أجرة الراعي والتعليم**) للعبد صناعة أو قرآناً أو علماً أو شعراً (**وكراء بيت الحفظ**) لأن الرعي والبيت للحفظ لا يزيد في العين ولا في القيمة بخلاف سوق المواشي، وعلى هذا لا تضم أجرة سائق الرقيق وحافظهم، وكذا حافظ الطعام وقد مر أن أجرة المخزن تضم وكأنه للعرف وإلا فالمخزن وبيت الحفظ على حد سواء في عدم الزيادة في العين وثبوت الزيادة في التعليم لمعنى في نفسه هو ذكاؤه فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجباً للزيادة كذا قالوا، ولا يخفى ما فيه إذا لا شك الخلاف حصول الزيادة بالتعلم لما أنه سبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب المصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم والذي علل به في «المبسوط» نفي الضم فيه إنما هو عدم العرف حتى لو كان ثمنه عرف ظاهر ضم، ولذا لا تضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق وأجرة الختان والفداء في الجناية وما يؤخذ في طريق من الظلم إلا إذا جرت العادة بضمه.

(**فإن خان في مرابحة**) بأن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه كما في «المحيط»، أو أخبر بأنه اشتراه بعشرة ورابح على درهم فتبين أنه اشتراه بتسعة إما بإقراره أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا هو المختار، وقيل: لا يثبت إلا بالإقرار لأنه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب والحط كذا في «الفتح»، (**أخذه**) أي: المبيع (**بكل ثمنه أو رده وحط**) المشتري ما خان به البائع (**في التولية**) وهذا عند الإمام لأنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية بخلاف المرابحة، فإن عدم الحط فيها لا يخرجها عن كونها مرابحة وقال أبو يوسف: يحط فيهما، وقال محمد: يخير فيهما وأومئ بقوله أو رده إلى تصوره حتى لو هلك أو حدث به ما يمنع الرد سقط خياره في الروايات الظاهرة ولزمه كل

ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله، وإن أحاط بثمنه لم يرابح..........

الثمن لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط، وقضية هذا أنه لا يورث وأطلق في الحط فعم حالة هلاك المبيع أو امتناع الرد لأنه لا خيار وإنما يلزمه الثمن الأول، والظاهر أن الوارث في هذا يقوم مقام المورث، ولو وجد المولى بالمبيع عيباً ثم حدث عنده آخر لا يرجع بالنقصان لأنه بالرجوع يصير الثاني أنقص من الأول، وقضية التولية أن يكون مثل الأول (**ومن اشترى ثوباً**) أي: قيمياً وكذا لو كان مثلياً بعشرة مثلاً (**فباعه بربح**) خمسة (**ثم اشتراه**) بعشرة ممن باعه بعد التقابض (**فإن باعه بربح مرة أخرى طرح عنه**) أي: عن الثوب (**كل ربح قبله**) عند الإمام فيبيعه في هذه الصورة مرابحة على خمسة، ويقول: قام علي بخمسة.

[٣٩٠/ب] (**وإن أحاط الربح**) أي: استغرق (**بثمنه**) بأن باعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه / ممن باعه بعشرة (**لم يرابح**) أصلاً عند الإمام إلا أن يبين فيقول: كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة، وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الأخير وهو عشرة في الفصلين من غير بيان لهما أن الثاني عقد متجدد فيقطع الأحكام عما قبله فيجوز بناء المرابحة عليه، كذا إذا تخلل ثالث وله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً بخلاف إذا ما تخلل ثالث، لأن التأكيد حصل بغيره وما قاله الإمام أوثق، وما قالاه أرفق، وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة في ظاهر الرواية كما في «المحيط».

وأجيب بأن البيع الثاني وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكادة إلا في عقد جرى فيه الربا، وأشار بقوله بربح إلا أن البيع كان بجنس الثمن الأول فأفاد أنه لو باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة فلا مدخل لها في المرابحة، ولذا قلنا: لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن كذا في «الفتح»، وأراد بالأشياء القيميات، أما لو اشترى كيلياً أو وزنياً ثم أراد أن يبيع قفيزاً مرابحة جاز اتفاقاً، لأن القفيز من القفيزين لا يتفاوت فتصير حصة كل قفيز معلومة كذا في «السراج»، وفي آخر الباب من «الفتح» اشترى ثوباً ليس له أن يرابح على ذراع منه، ولو رابح على ماله كنسبة معلومة كنصفه أو ثلثه جاز، وقيد بقول لم

ولو اشترى مأذون مديون ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضارباً يبيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف...........

يرابح لأن له أن يبيعه مساومة، وأما بيعه تولية فبخمسة لقولهم: صار بالعقد الثاني كأنه اشترى ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بإزاء الخمسة والثوب بخمسة، وفي «المحيط»: خرج عن ملكه ثم عاد إليه قديم ملكه كالرجوع في الهبة أو بخيار شرط أو رؤية أو عيب أو إقالة أو في البيع الفاسد يبيع مرابحة بما اشترى، وإن بسبب آخر كالإرث والهبة لا يبيع مرابحة لأنه عاد إليه بسبب جديد بخلاف ما لو رد عليه بغير قضاء فإنه يعتبر بيعاً جديداً في حق الثالث فكأنه اشترى ثانياً بعشرة بعد أن باعه بعشرة وهذا يطلق له المرابحة انتهى.

(**ولو اشترى مأذون مديون**) ولو مكاتباً أو مدبراً (**ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا**) حكم (**العكس**) وهو أن يشتري المولى ثوباً بعشرة فيبيعه من عبده المذكور بخمسة عشر يبيعه العبد بعشرة كل ذلك باتفاق الثلاثة لأن هذا العقد وإن كان صحيحاً لإفادته ملك العين أو التصرف إلا أن فيه شبهة العدم، لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى، ولذا كان له أن يتبقى ما في يده ويقضي دينه، وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة بعجزه فصار كأنه باع أو اشترى ملك نفسه من نفسه فاعتبر عدماً في حكم المرابحة نفياً للتهمة، ولذا قال الإمام: لو اشترى شيئاً من أصله أو فروعه أو زوجته أو اشتروا شيئاً منه لا يبيع واحد منهم مرابحة على ما اشترى من هؤلاء وخالفاه، ولو بين جاز اتفاقاً، وكذا في مسألة «الكتاب» ثم كونه مديوناً بما يحيط برقبته صرح به محمد في «الجامع الصغير» عن الإمام ومن المشايخ من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد وتبعه المص وشمس الأئمة في «المبسوط» لم يذكر الدين أصلاً قال في «العناية»: والحق ذكره لأنه إذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع، والتحقيق أن ذكر الدين وعدمه بالنظر إلى المرابحة سواء لأنها إذا لم تجز مع الدين فمع عدمه أولى، وأما بالنظر إلى صحة العقد وعدمه فله فائدة والباب لم يعقد إلا للمرابحة فصنيع شمس الأئمة أقعد.

(**ولو كان مضارباً**) معه عشرة بالنصف اشترى بها ثوباً وباعه من رب المال بخمسة عشر (**يبيعه رب المال باثني عشر ونصف**) لأن هذا البيع وإن كان شراء ماله بماله، ولذا منعه زفر لكن أخرناه لما فيه من استفادة ولاية التصرف بعد انتفائها عنه بالتسليم إلى المضارب من رب المال وهو المقصود، والانعقاد يتبع الفائدة إلا أن فيه شبهة العدم فاعتبر الثاني عدماً في حق نصف الربح قيد بكون المضارب بائعاً لما سيأتي في المضاربة من أنه لو كان مشترياً بأن اشترى من رب المال عبداً بألف اشتراه

ويرابح بلا بيان بالتعييب ووطء الثيب........................

بنصفه رابح بنصفه، وعلله في «الهداية» بأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة، وإن كان بيع ملكه يملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين انتهى، وإنما لم يضم للمضارب نصيب / رب المال وضم نصيبه لأن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع لمضارب منه إلا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة وفيما يقع لرب المال لم يقع الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني، كذا في «البناية». [١/٣٩١]

وإذا عرف هذا فقول الشر في المضاربة، ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبداً بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم فتبنى المرابحة على ما اشترى به المضارب كأنه اشتراه له وناوله إياه من غير بيع انتهى، مخالف لما صرحوا به هنا وجزم في «البحر» بأنه سهو قال: وكنت حملت كلامه في المضاربة على أنه اشترى ببعض رأس المال، وكلامهم هنا على أنه اشترى بالجميع لتصريحه في «المبسوط» بأن الربح لا يظهر إلا بعد تحصيل رأس المال، وقد صرح في «الهداية» في الموضعين بضم حصة المضارب إلى المال وهو يناقض منه أيضاً لموافقته على ذلك وتصريحهم بالضم في بابها ولم أر له سلفاً ولا على من نبه على ذلك في الموضعين.

وأقول: لا تحريز في هذا الكلام والتحقيق بأن يقال: إنما ضمت حصة المضارب هنا لظهور الربح ببيعه لرب المال، وإذا كان مشترياً من رب المال لم يظهر ربح، فلذا جزم في المضاربة بأن المضارب يبيعه مرابحة علي ما اشترى رب المال، وفي «السراج» من أنه يضم يعني المضارب حصته هنا أيضاً مخالفة لصريح الرواية التي جزم بها المصنف تبعاً لصاحب «الهداية» في المضاربة وما قاله الشر: إنَّ رب المال لا يضم حصة المضارب فيما إذا كان بائعاً فمحمول على رواية وكون صاحب «الهداية» تناقض وهم فاحش أو قد أعاد المسألة في المضاربة وجزم بأن المضارب إذا كان بائعاً ضم رب المال حصته إلى رأس المال، وإن كان مشترياً فلا ضم أصلاً، وظاهر أن عدم ضم حصة رب المال في المسألتين لما فيه من شبهة أنه اشترى أو باع ماله بماله فأحكم هذا فإنه ينفعك عن كثر من القيل والقال والله أعلم بحقائق الأحوال.

(**ورابح بلا بيان بالتعييب**) بآفة سماوية أو بصنع المبيع (**ووطء الثيب**) الذي لم ينقصها، فإن نقصها كانت كالبكر الآتية لأن الغائب وصف وهو لا يقابله شيء من الثمن وكذا منافع البضع ومعناه أنه يرابح بلا بيان أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن،

وببيان بالتعييب ووطء البكر ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري..

أمَّا بيان نفس العيب فواجب ودل كلامه أنه لو رضي بالعيب أو بالخيانة في المرابحة كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به، كما في «الفتح». وعن أبي يوسف أنه لا يرابح بلا بيان وهو قول زفر، قال أبو الليث: وهو أجود وبه نأخذ وفي «الفتح» واختياره هذا حسن لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري، أي الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معينة إلا بحطيطة ثم قال: لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوي انتهى قوله.

وأقول: إلخ في نسخة المؤلف التي بخطه فلعله ألحقها في نسخة المؤلف التي بخطه فلعله ألحقها في نسخة أخرى والذي في خطه بعد في الموضعين، وقدم على «السراج» أنه لو اشترى من مضاربة منه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين وحصة المضارب من الربح انتهى، ولو قال: وحصة الآخر لكان أولى ليشمل رب المال.

وأقول: إنما لم يقل ذلك دلالة على أن حصة رب المال لا تحسب، وبذلك صرح في المضاربة واقتصار في المال عليه يدل على ذلك أيضاً إذا قال نحو أن يكون مال المضاربة ألفاً ومائتين فاشترى بها المضارب سلعة فباعها من رب المال بألف ومائتين، فإن رب المال بألف وما يبيعها مرابحة بألف درهم أقل الضمانين وحصة المضارب من الربح وهي مائة إلا أن يبين انتهى.

وأقول: وقد يفرقا بأن الإيهام مع تغير السعر واصفرار الثوب أو توسخه ضعيف لا يعول عليه بخلاف ما لو اعورت الجارية فرابحه على ثمنها فإنه قوي جداً فلم يغتفر (و) يرابح (**ببيان بالتعيب**) مصدر عيبه أحدث فيه عيباً سواء كان بفعله أو بفعل أجنبي بأمره، أو لا أخذ الأرش أو لا لأن الأوصاف صارت مقصودة بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن (و) كذا في (**وطء البكر**) لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها.

(**ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين**) أنه اشتراه كذلك (**خيّر المشتري**) بين أخذه بكل الثمن حالاً أو تركه لأن للأجل شبهاً بالمبيع، ألا ترى أنه يزاد في الثمن لأجله والشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة؟ فكأنه اشترى شيئين بألف وباع أحدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما إذا كانت مبيعاً حقيقة،

فإن أتلف فعلم لزم بألف ومائة وكذا التولية ومن ولي رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع ولو علم في المجلس خير.

فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وقد علمت أنها ملحقة بالحقيقة/ هنا، هذا إذا كان الأجل مشروطاً في العقد، فإن لم يكن لكنه كان معتاداً [٣٩١/ب] التنجيم قيل: لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل: لا يلزمه البيان وهو قول الجمهور، كما في «الشرح»، قال في «البحر»: وعلى كل من القولين لو لم يكن مشروطاً ولا معروفاً وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه انتهى.

وأقول: إنما لم يلزمه البيان لما مر من أن الأصح أنهما لو ألحقا به شرطاً لا يلتحق بأصل العقد فيكون تأجيلاً مستأنفاً على القول بأنه يلتحق ينبغي أن يلزمه البيان، (**وإن أتلف**)، أي: استهلك المشتري المبيع، وكذا لو هلك ولو قال: تلف لكان أولى (**فعلم**) بعد ذلك بالأجل (**لزم**) المبيع (**بألف ومائة**) حالة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة ينفسخ إذا كان المبيع قائماً، فإمّا أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك باطل، (**وكذا التولية**) حكمها كالمرابحة من الخيار ما دام المبيع قائماً وسقوطه بعد الهلاك، وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد الثمن كما إذا استوفى دينه زيوفاً وهو لا يعلم بذلك حتى أنفقها، فإنه يرد عنده مثلها من الزيوف ويسترد الجياد وقيل: يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما، قال أبو جعفر: وهو المختار للفتوى للعرف.

(**ومن ولّى رجلاً شيئاً**) أو باعه له تولية أو مرابحة (**بما قام عليه**)، أي: بما اشتراه مع ما لحقه من المؤن أو بما اشتراه به (**ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع**) لجهالة الثمن، (**ولو علم**) المشتري بكم قام عليه (**في المجلس**) أي: مجلس البيع (**خيّر**) بين أخذه وتركه لأن الفساد، وإن كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر، وإنما يتقرر بانقضاء المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسداً له عرضية الصحة وهو الصحيح، خلافاً لما روي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد وينبغي أن يظهر أثر الخلاف في حرمة مباشرته وعدمها، كذا في «البحر»، ولما كان المجلس جامعاً للمتفرقات اعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معاً وإنما يتخير بعد العلم في المجلس لأن الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع، كما في خيار الرؤية.

فصـــل

صح بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول..........................

فصـــل

في التصرف في المبيع والثمن قبل القبض والزيادة والحط فيهما والتأجيل وأوردها بفصل على حدة لأنها ليست من المرابحة، غير أن صحتها لما توقفت على القبض كان لها ارتباطاً بالتصرف بالمبيع قبل القبض والباقي استطراد، (**صح بيع العقار قبل**) قبضه عندهما خلافاً لمحمد لإطلاق النهي ما لم يقبض كما رواه أحمد[1].

قلنا: النهي عن بيع ما لم يقبض كما رواه أحمد. قلنا: النهي معلول بفور انفساخ العقد بالهلاك وهذا في العقار نادر حتى لو لم يكن بأن كان على شط نهر أو كان علواً أو في موضع لا يؤمن أن يغلب عليه الرمال لم يجز بيعه قبل القبض، كما في «الفتح» ولم يقل نقد وإلا لزم لتوقفهما على نقد الثمن فإن لم ينقده توقف الثاني في الصحيح كبيع المرهون كما في «المحيط» يعني إما على نقد الثمن أو على رضى البائع لأن الحق له فإن لم ينقده كان له إبطال البيع، وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشتري بغير إذن البائع، ومنه الكتابة أيضاً لأنها تحتمل الفسخ فلم ينفذ في حق البائع ما لم يقبض الثمن نظراً له إجماعاً بخلاف ما لا يقبله كالعتق والتدبير والاستيلاد واختلف في إجارته، والأصح أنها لا تجوز إجماعاً لأن المعقود عليه المنافع وهلاكها غير نادر، (**لا**) يصح (**بيع المنقول**) قبل قبضه من البائع قيدنا بالبيع لأنه لو وهبه أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه أو أعاره من غير البائع جاز عند محمد وهو الأصح، خلافاً لأبي يوسف وأجمعوا على صحة الوصية به قبله.

أمّا تجويز الأمة فجائز وإذا فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو المختار ودخل في البيع الإجارة، وفي «الإيضاح» كل عوض ملك بالعقد ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالبيع والأجرة إذا كانت عيناً، وبدل الخلع إذا كان معيناً وما ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الصلح والعتق على مال وبدل الصلح عن عمد وعم كلامه ما لو باعه من البائع ولا ينتقض البيع الأول، ولو وهبه منه انتقض لأنها مجاز عن الإقالة بخلاف البيع، وصرح في «السراج» بأن بيع المنقول قبل قبضه من البائع أو من غيره باطل هذا في تصرف المشتري.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٨٩٢)، والنسائي في البيوع (٤٦٠٣).

ولو اشترى مكيلاً كيلاً حرم بيعه وأكله حتى يكيله.......................

وأمّا تصرف البائع فإن كان بأمر المشتري بأن يهبه من فلان أو يؤاجره أياً كان ففعل جاز، ولو أمره بوطء الجارية أو بأكل الطعام ففعل كان فسخاً، ولو بالبيع بأن قال: بعه لنفسك أو بعه ففعل كان فسخاً أيضاً، وإن قال بعه لي لا يجوز ولو قال: ممن شئت فلذلك في قول الإمام وقال محمد: لا يكون فسخاً ولو رهنه أو أجره أو / [٣٩٢/أ] أودعه بغير أمره فمات انفسخ العقد، ولو أعاره أو وهبه فمات، أو أودعه فاستعمله المودع فمات فإن شاء المشتري أمضى البيع وضمن هؤلاء، وإن شاء فسخ البيع الكل في «الخانية» وفيها من هذا النوع فروع يطول الكلام بذكرها، **(ومن اشترى مكيلاً)** قيد بالشراء لأنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز له التصرف فيه قبل الكيل، والمطلق من البيع ينصرف إلى الكامل وهو الصحيح منه حتى لو باع ما اشتراه فاسداً بعد قبضه مكايلة لم يحتج المشتري الثاني إلى إعادة الكيل.

قال أبو يوسف: لأن البيع الفاسد يملك بالقبض كالقرض، ولو استقرض طعاماً بكيلٍ ثم باعه مكايلة لم يحتج المشتري إلى إعادة الكيل، كذا في «السراج» وبكونه مبيعاً لأنه لو كان ثمناً جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لأنهما من تمام القبض والتصرف في الثمن قبله جائز فقبل تمامه أولى، كذا في «المحيط» وقد مر الضابط عن «الإيضاح» بما فيه لهذا زيادة إيضاح **(كيلاً)** قيد به لأنه لو اشتراه مجازفة جاز بيعه قبل الكيل لأن الزيادة له وفيه نظر، إذ لا يتصور في المجازفة وعنه أجوبة في شروح «الهداية».

وأمّا البائع فإن اشتراه مجازفة فكذلك وإلا لم يجز له البيع إلا أن يكيله في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة أنه يجوز ومن المجازفة ما لو اشتراه مكايلة بإناء بعينه لا يعرف قدره، كما في «السراج» وقد مر **(حرم)** أي: كره تحريماً **(بيعه أو أكله حتى يكيله)**، أي: المشتري لرواية ابن ماجة: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشتري»[1] وظاهر الحديث يعطي أن البائع لو اكتاله بعد البيع بحضرة المشتري لا يكتفى فيه وهو قول البعض، والأصح هو الاكتفاء به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي في السلم.

ثم في قوله حرم بيعه إيماء إلى أنه فاسد وبه صرح في «الجامع الصغير» وفيه أنه لو أكله لا يقال: إنه أكل حراماً لأنه أكل مال نفسه إلا أنه أثم لتركه ما أمر به من

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٢٨)، والبيهقي في الكبرى (١٠٤٨١) (٥/٣١٦).

ومثله الموزون والمعدود لا المذروع وصح التصرف في الثمن قبل قبضه والزيادة فيه والحط منه ....

الكيل فكان هذا أصلاً في سائر البياعات بيعاً فاسداً إذا قبضها فملكها ثم أكلها وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه فاسداً. وهذا يبين أن ليس كل مالٍ يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه: إنَّه أكل حراماً، كذا في «الفتح» ويوافقه ما في أيمان «الخلاصة» لو أكل من الكرم الذي دفع معاملة وقد حلف لا يأكل حراماً لا يحنث.

أمّا عندهما فلا يشكل، وأمّا عند أبي حنيفة كذلك لأن ذلك عقد فاسد عنده فقد أكل ملك نفسه (**ومثله**) أي: مثل شراء المكيل كيلاً شراء (**الموزون**) وزناً (**والمعدود**) عداً فيمتنع عليه البيع والأكل حتى يعيد الوزن والعدد عن الإمام أنه يجوز في المعدود، قيل: العد وهو قولهما كذا في «السراج» والأول أظهر الروايتين عن الإمام، كما في «الفتح» وهذا في غير بيع التعاطي والدراهم والدنانير.

أمّا إذا كان البيع بالتعاطي فلا يحتاج في الموزون إلى إعادة الوزن، كذا في «القنية» وفي «الخلاصة» وعليه الفتوى أو كان الموزون الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن، كما في «الإيضاح» (**لا المزروع**) أي: لا يحرم بيع المزروع ولا التصرف فيه قبل زرعه بعد القبض لأن الزيادة للمشتري وفي النقصان يثبت له الخيار وبالبيع بتقدير النقض يكون مسقطاً له، قال الشر: هذا إذا لم يبيّن لكل ذراع ثمناً، فإن بيّنه التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض وتلزمه الزيادة فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه.

(**وصح**) أي: جاز (**التصرف في الثمن قبل قبضه**)، أي: تمليكه ممن عليه الدين بعوض كالبيع والإجارة، أو بغير عوض كالهبة والوصية لقيام المطلق مع أمن الانفساخ بالهلاك، أمّا من غير من عليه الدين فلا يجوز كما في «الشرح» وسواء كان مما يتعين أو لا سوى بدل الصرف والسلم لأن المقبوض حكم عين المبيع في السلم والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وكذا في الصرف وسائر الديون كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها، وكذلك الموروث والموصى به كالثمن، كذا في «الفتح».

وفي «الجوهرة»: وكذلك بدل الخلع وبدل العتق على مال (**و**) صح (**الزيادة فيه**) أي: في الثمن (**والحط منه**) ويلتحقان بأصل العقد، وقال زفر: لا يلتحقان بل الزيادة أبرأ مقيداً والحط إبراء من بعض الثمن إذ لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض ملكه وكذلك الحط لأن الثمن صار مقابلاً بكل المبيع.

قلنا: إنما يلزم ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغيره لكنه مع التغير عن المقدار الأول إلى الثاني وقد رأينا الشارع أثبت لهما ولاية الرفع بالإقالة فأولى أن

....

يكون لهما ولاية التغير، وأثر الالتحاق يظهر في التولية والمرابحة فيصحان على الكل في الزيادة وعلى الباقي بعد المحطوط وفي الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط وإنما كان له أن يأخذ بدون الزيادة/ لما فيها من إبطال حقه الثابت قبلها، وفي [٣٩٢/ب] الاستحقاق حتى كان للمشتري أن يرجع على البائع بالكل، ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل وفي حبس المبيع حتى لو كان له ذلك حتى يقبض الزيادة وفي فساد الصرف بالحط والزيادة للربا، وفيما لو وجد بالثياب المبتاعة عيباً رجع بحصته من الثمن مع الزيادة فيما إذا زاد في الثمن ما لا يجوز الشراء به وفي المبيع ما لا يجوز بيعه فقيل: فسد العقد، كذا في «السراج».

ثم قال بعده: لو اشترى عبداً بمائة ثم زاد المشتري رطلاً من خمر فقبله البائع صحت الزيادة ولا يفسد البيع لا لأن الزيادة لا تلتحق بل لأن في تصحيح ذلك إفساد البيع انتهى، والأول بالقواعد أولى، وفي التاسع والثلاثين من «جامع الفصولين» باع فضة بفضة وتقابضا ثم زاد في الثمن درهماً جازت الزيادة وفسد الصرف، وكذا لو شرط الخيار وكذا لو باع قناً بألف درهم ثم زاد رطلاً من خمر هذا عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز الزيادة، والعقد الأول باقٍ على الصحة انتهى، وفيها لو زاد زوج الأمة مهرها بعد عتقها حتى كانت الزيادة للمولى أطلق الزيادة فشمل ما إذا كانت من جنس الثمن أم من غيره في مجلس العقد أو بعده بشرط قبول البائع في المجلس حتى لو لم يقبل حتى تفرقا بطلت ولا فرق بين كونها من العاقد أو من وارثه، كذا في «الخلاصة».

وفيها لو زاد الأجنبي فإن بأمر المشتري أو بإجازته لزمته، وإن لم يجز بطلت، ولو كان حين زاد ضمن عن المشتري أو أضافها إلى مال نفسه لزمته الزيادة، ثم إن كانت بأمر المشتري رجع وإلا فلا، وفي قوله والحط منه إيماء إلى أن حط الكل لا يجوز لأنه تبديل لأصله إذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة إلى عقد التبرع، والتحاق الحط بأصل العقد مقيد بما إذا لم يكن من الوكيل.

ففي «الخانية» الوكيل يبيع الدار لو حط عن المشتري مائة صح وضمن للموكل ويأخذها الشفيع بجميع الثمن لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد انتهى، وبما إذا لم يكن المحطوط تبعاً، فإن كان لم يلتحق حتى لو اشترى داراً بألف جياد ونقد زيوفاً أو نبهرجة برضى البائع أخذ الشفيع بالجياد، وكذا في «الشرح» وإطلاقه صحة الحط أنه لا فرق بين كونه قبل قبض الثمن أو بعده وفي إبرائه عن البعض بعد القبض خلاف

والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله وتأجيل كل دين ....

ففي «الذخيرة» أنه لا يصح لانصراف المطلق منه إلى براءة الاستيفاء حتى لو أبرأه براءة إسقاط صح، وذكر السرخسي أن الإبراء المضاف إلى الثمن صحيح مطلقاً وهو المناسب للإطلاق وعرف من هذا أنه لا خلاف في رجوع الواقع بما أداه أبرأه براءة إسقاط وفي عدم رجوعه، وأن الخلاف مع الإطلاق وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع ورجع عليها، كذا في «الأشباه» وهذا كله قول الإمام.

وقال أبو يوسف: لا يجوز الحط ولا تصير هبة مبتدأة، ووافقه محمد في الزيادة وقال: في الحط تكون هبة مبتدأة هذا وشرط في ظاهر الرواية لصحة الزيادة قيام المبيع حتى لو هلك حقيقة بأن مات العبد، أو حكماً بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن أو نسخ الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشتري الخمر لا تصح الزيادة لفوات محل العقد، وكذا لو زاد في مهرها بعد موتها لا تصح.

وروى الحسن في غير رواية «الأصول» أنها تصح بعد هلاك المبيع وعلى هذه الرواية تصح الزيادة في المهر بعد الموت (و) صحت (**الزيادة في المبيع**) أيضاً، ويلتحق بأصل العقد حتى يصير لها حصة من الثمن يسقط منه بقدرها لو هلكت قبل القبض، ولا يشترط فيها قيام المبيع بخلاف الزيادة في الثمن ولم يذكر الحط منه وهو ظاهر في عدم صحته، لكن المصرح به في «المحيط» أنه إن كان ديناً يصح، وإن كان عيناً لا يصح لأنه إسقاط وإسقاط العين لا يصح ،كذا في «البحر».

وفي «الشرح» ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لأنه معدوم حقيقة، وإنما جعل موجوداً في الذمة لحاجة المسلم إليه وهي لا تدفع لحاجته بل تزيد فيها (**ويتعلق الاستحقاق بكله**) أي: بكل ما وقع العقد عليه من الثمن والزيادة ولو رد المبيع بعيب أو بخيار رؤية أو شرط رجع المشتري بالكل، وقد مر ما لو استحق (و) صح (**أيضاً تأجيل كل دين**) سواء كان الثمن مبيعاً أو غيره لأنه له الإبراء منه فتأخير المطالبة به أولى بشرط قبول المديون حتى لو رد بقي حالاً، وفي «الخانية» لو قال: أبطلت الأجل أو تركته صار حالاً، ولو قال: برئت منه أو لا حاجة لي منه أو لا حاجة لي فيه لم يكن إبطالاً، ولو قضى الدين قبل الأجل فاستحق المقبوض أو وجده زيوفاً فرد كان عليه إلى أجله، ولو اشترى شيئاً من مديونه بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع لا يعود الأجل وقد مر/ ولو وجد به عيباً فرده بقضاء عاد الأجل، ولو كان به كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين. [٣٩٣/أ]

غير القرض.

وفي «الذخيرة» لو قال رب الدين: إن دفعت إلي غداً خمسمائة فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنده إلى سنة فهو جائز، وفي «الخلاصة» إبطال الأجل يبطل الشرط الفاسد ولو قال: كلما دخل نجم ولو تود فمالي حال صح والمال يصير حالاً **(غير القرض)** لأنه عارية ابتداء، ولذا صح بلفظ العارية ولم يملكه من لم يملك التبرك كالوصي والصبي معاوضة انتهى، لأن الواجب فيه إنما هو رد المثل فعلى الأول لا يلزم، وعلى الثاني لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم نسيئة وهذا يقتضي فساده وهو خلاف الإجماع، فقلنا بجوازه غير لازم وهذا التقرير يوجب بأن يكون المستثنى منه اللزوم لا الصحة كما هو ظاهر في «الكتاب» إلا أن يراد بها اللزوم أو يكون الاستثناء منقطعاً.

قال في «الفتح»: وليس منه تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضاً والحيلة في لزوم تأجيله أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزمه حينئذ انتهى. وفي «القنية» لو قضي بلزوم الأجل والقرض بعدما ثبت عنده معتمداً على قول مالك وابن أبي ليلى يصح ويلزم الأجل، وفي تلخيص «الجامع» كفل بالحال مؤجلاً تأخر عن الأصيل وإن كان قرضاً لأن الدين واحد وهذه حيلة تأجيل القرض كذا في «البحر».

لكن في «السراج» قال أبو يوسف: إذا أقرض رجلاً مالاً فكفل به رجل عنه إلى وقت كان على الكفيل إلى وقته وعلى المستقرض حالاً، وقالوا: لو أوصى أن يقرض فلان من ماله ألف درهم إلى سنة لزم من ثلثه ولا يطالب قبل المدة لأنه وصيته بالتبرع، وفي «القنية» التأجيل في القرض باطل إلا أن يوصي أنه يؤجل في قروضه على الناس بعد وفاته فيجوز من الثلث، وفي «الأشباه» عن صرف «الظهيرية» القرض المجحود يلزم تأجيله.

وقالوا: لو حل الدين بموت المديون فأجل رب الدين وارثه لم يصح، وكذا لو أجل المشتري الشفيع في الثمن، وفي «القنية» أجل المشتري البائع سنة عند الإقالة صحت الإقالة وبطل الأجل، ولو تقايلا ثم أجله ينبغي أن لا يصح عند أبي حنيفة، فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده انتهى. وظاهر كلامهم يعطي أن في هذه المسائل لا يصح التأجيل أصلاً لا أنه يصح ولا يلزم كما هو ظاهر ما في «البحر» إذ جعله ملحقاً بالقرض ثم قال: والحاصل أن تأجيل المديون على ثلاثة أوجه باطل وهو تأجيل بدل الصرف والسلم، وصحيح غير لازم وهو القرض وما ألحق به، ولازم وهو ما عدا ذلك وقد علمت ما هو الواقع.

باب الــربا

هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال وعلته..................

باب الــربا

ألحقه بالمرابحة لما أن في كل منها زيادة إلا أن تلك جائزة وهذه منهية والإباحة أصل فقدمت، وهو بكسر الراء وفتحها خطأ مقصور على الأشهر لغة مطلق الزيادة ومنه: ﴿فلا يربوا عند الله﴾ [الروم:٣٩] أطلق في التنزيل تارة على الزائد نفسه ومنه قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] أي الزائد في القرض وفي بيع الأموال الربوبية عند بيع بعضها بجنسه وأخرى على نفس الزيادة بالمعنى المصدري ومنه: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] أي حرم أن يزاد في القرض على القدر المدفوع، وفي بيع الأموال بجنسها قدراً ليس مثله في الآخر وعرفاً (**هو فضل مال**) ولو حكماً فدخل ربا النسيئة والبيوع الفاسدة كالبيع بشرط فإنهم جعلوها من الربا وهذا أولى من قول بعضهم المقصر تعريف الربا المتبادر عند الإطلاق وذلك إنما هو رد الفضل (**بلا عوض**) خرج به ما سيأتي في الصرف من أنه لو باعه كر برٍّ وشعير بضعفهما جاز بصرف الجنس إلى خلاف جنسه فضل قفيزي شعير على قفيز بر فإنه بعوض (**في معاوضة مال**) خرج به الهبة.

زاد في «الوقاية» مشروط لأحد المتعاقدين، لأنه لو شرط لغيرهما لا يكون من باب الربا، والأولى أن يقال في أحد البدلين لأن العاقد قد يكون وكيلاً وفضولياً والمعتبر كون الفضل للبائع أو المشتري، وعرفه في «جمع العلوم» بأنه عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن فيه زيادة لأن بيع الدراهم بالدرهم نسيئة ربا، وإن لم يكن فيه زيادة انتهى، وقد علمت جوابه غير أن كونه عقداً فاسداً ظاهر في أن الدرهم الزائد يملك بالقبض.

وفي «القنية» عن البزدوي من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك فيها بالقبض ورد به على من أفتى من علماء عصره بأن الإبراء من الدرهم الزائد بعد استهلاكه لا يصح، بل يجب رده حقاً للشرع بأنه إذا كان مملوكاً للقابض بالقبض فإذا استهلك على ملكه ضمن مثله، فلو لم يصح الإبراء ورد مثله يكون ذلك رد ضمان ما استهلك لا رد عين ما استهلكه/ [٣٩٣/ ب] وبرد ضمان ما استهلك لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيداً للملك من فضل الربا فلم يكن في رده فائدة نقض عقد الربا ليجب بذلك حق الله تعالى، وإنما الذي يجب حقاً للشرع رد عين الربا إن كان قائماً لا رد ضمانه انتهى، وهو حسن (**وعلته**) أي: علة الربا المنهي عنه، وفي «الفتح»

القدر والجنس ....

أي: علة تحريم الزيادة (**القدر**) أي: الكيل والوزن وهذا أعني التعبير بالقدر أشمل كما في «الهداية».

قال في «الفتح»: لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الزرع والعد وليسا من أموال الربا، ورده في «البحر» بأنهم بعدما وضعوا القدر بإزاء الكيل والوزن كيف يشمل غيرهما؟ وأنت خبير بأن هذا في خير المنع غاية الأمر أنهم أرادوا هذا المعنى من اللفظ وهذا لا يفيد عدم شموله لغيره وضعاً نعم في «الحواشي السعدية» يمكن أن يقال: الألف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن (**والجنس**) وهو عبارة عن مشاكلة المعاني، كذا في «الدراية».

قال في «الفتح»: واختلافه يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا لأن أفراد كل منهما في الحديث يدل على ذلك والثوب الهروي والمروي بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقيام الثوب بها، وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الأرمني والطالقاني والتمر كل جنس واحد والحديد والرصاص والشيه أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والجير جنسان والأدهان المختلفة أصولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ بطيب لأن الطيب زيادة انتهى.

وفي «السراج»: لحوم الإبل جنس واحد وكذا المشاقة والكتان وعن أبي يوسف في لحم الطيور يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً وإن كان من نوع واحد لأنه لا يوزن في العادة وثمار النخيل كلها جنس واحد وكذا ثمار الكروم والرطب جنس واحد أيضاً، والأصل في هذا الباب ما رواه الستة إلا البخاري عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل فمن زاد واستزاد فقد أربى»[1]، وليس فيه البدأة بالحنطة وإنما هي من رواية محمد عن أبي حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري وقال: جاءت الرواية بالرفع أي بيع الحنطة فحذف المضاف إليه مقامه أو ابتاع الحنطة وكلاهما خبر بمعنى الأمر ....[2] أي بيعوا، وروى مثل بالرفع على الخبرية وبالنصب على الحالية، وكذلك جاء الوجهان في يد بيد فالرفع عطف على

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٤)، والترمذي في السنن (١٢٤٠)، وأبو داود في سننه (٣٣٤٩)، والنسائي في الكبرى (٦١٥٦)، وابن ماجه بنحوه (١٨).

(٢) بياض في الأصل.

فحرم الفضل والنساء بهما والنساء فقط بأحدهما..........................

الخبر أي مثل ومقبوض كذا في «البحر»، وكأنه حذف العاطف لكن بابه الشعر كما قالوا والنصب على الحال بتأويله بمشتق أي متناجزين (**فحرم الفضل**) أي: الزيادة (**والنساء**) بفتح النون والمد لا غير التأخير (**بهما**) لتمام العلة.

(و) حرم (**النساء فقط بأحدهما**) أي القدر وحده كالحنطة بالشعير أو الجنس كالهروي بالمروي لما روينا في قوله فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد وروى أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[1] وهذا دليل على أن وجود أحد جزئي علة الربا علة تامة لتحريم النساء وإن كان بعض علة لحرمة الفضل إلا أن مقتضاه أن لا يجوز إسلام النقود في الموزونات كالزعفران ونحوه مع أنه جائز إجماعاً، وجوابه أنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين، ولو باع بالنقود وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه وتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة كذا في «الهداية»، ولا يخفى أن الزعفران والمسك والزباد توزن بالسنجات أيضاً والتعيين وعدمه مما لا يتعلق للوزن به، والاختلاف الحكمي وحده أعني جواز التصرف قبل وزنه، بخلاف المبيع لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما مر.

ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالإجماع كيلا يفسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن يسلم في الموزونات، وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنياً بالصنعة إلا في الذهب والفضة، فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد / لاتحاد الجنس، ولذا يجوز [٣٩٤/أ] بيع الإناء من غير النقدين بمثله من جنسه يداً بيد نحاساً كان أو حديداً أو إن كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيه ربا الفضل، وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالمعادن، وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذٍ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن.

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٢٣٧)، وأبو داود في سننه (٣٣٥٦).

وحلا بعدمهما وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل...

أجيب بأن امتناعه لامتناعٍ كون النقد سلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعاً قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بثمن مؤجلٍ، وإن كان بلفظ السلم فقد قيل: لا يجوز، وقال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعاً، وأمّا إسلام الفلوس في الموزون ففي «فتح القدير» مقتضى ما ذكروه في زماننا لأنها وزنية، وذكر الإسبيجابي جوازه لأنها عددية بخلاف ما إذا أسلم فلوساً في فلوس فإنه لا يجوز لأن الجنس بانفراده محرم النساء.

وأقول: ينبغي أن يقال: إن كانت كاسدة لا يجوز لأنها وزنية حينئذ وعليه يحمل ما في «الفتح»، وإن كانت رائجة يجوز لأنهم في هذه الحالة أجروها مجرى النقود حتى أوجبوا الزكاة فيها، وعليه يحمل ما في الإسبيجابي وهذا يجب أن يعول عليه (**وحلا**) أي التفاضل والنساء (**بعدمهما**) أي: بعدم القدر والجنس فيجوز بيع هروي بمرويين لعدم العلة وهي وإن كانت لا توجب عدم الحكم لكن إذا اتحدت لزم من عدمها لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علته فيبقى عدم الحكم على عدمه الأصل وإذا عدم سبب الحرمة والأصل، في البيع الإباحة كان الثابت الحل كذا في «الفتح».

(**وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح وصح أيضاً بيع الموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل**) بكسر الراء وفتحها أي يقع عليه كيله أو إلى الأوقية فهو وزني قال في «المبسوط»: يريد بذلك الأدهان ونحوها لأن الرطل إنما يعدل بالوزن غير أنه يشق عليهم وزنها بالأمناء والسنجات في كل وقت لأنها لا تستمسك إلا في وعاء حرج فاتحد الرطل لذلك تيسيراً فعرفنا أن كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به انتهى، ومن ثم قال بعضهم: المراد هنا مواعين معلومات الوزن.

قال في «الهداية»: وإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة، واستشكله الشر بأن الشيئين إذا استويا في كيل واحد يلزم أن يستويا في كيل آخر أيضاً، ولا تأثير لكونه معلوماً أو مجهولاً في ذلك إذ لا يختلف ثقله فيهما، وقدمنا عن «الفتح» أنه لو باع الفضة بجنسها كفة ميزان بكفة ميزان جاز لانتفاء احتمال التفاضل وهذا يؤيد ما ادعاه الشر، وعن «الصيرفية» أيضاً لو تبايعا تبراً بذهب مضروب كفة بكفة لا يجوز ما لم يعلما وزن الذهب لأنه وزني، وهذا يشهد لصاحب «الهداية» والظاهر أنهما قولان متقابلان والله الموفق.

بجنسه متساوياً لا متفاضلاً وجيده كرديئه.........

وفي «النهاية» قال الإسبيجابي: فائدة هذا لو باع ما ينسب إلى الرطل **(بجنسه)** متفاضلاً في الكيل **(متساوياً)** في الوزن يجوز وهذا أحسن وهو قياس الموزونات، غير أنه يؤدي إلى أنه لا يجوز بالأواقي أيضاً إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا، ولا يندفع هذا الإشكال إلا إذا رفع الجواز في الكيل انتهى.

وفي «الفتح»: الرطل والأوقية مختلف فيها عرف الأمصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات، فالرطل الآن بالإسكندرية وزن ثلاثمائة درهم واثني عشر درهماً يوزن كل عشرة سبعة، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهماً، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله، وفي حلب أكثر من ذلك، وتفسير أبي عبيدة الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير الرطل في العراق الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات، ثم في الإسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان مائتا درهم يوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثني عشر أوقية وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية الأوقية باختلاف الرطل، وفي زمنه ﷺ كانت أربعين درهماً، ثم الأوقية مثلاً اثني عشر كما ذكرنا. وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل أن هذه الأسماء مع اسماً آخر توفيقية من جهة الاصطلاح يعرف بالاستكشاف والسؤال فيعرف بجنسه مستوياً من حيث الكيل إذا كان مكيلاً، ومن حيث الوزن إذا كان موزوناً فهو كذلك أبداً، وإن ترك الناس ذلك حتى لو باع المكيل وزناً والموزون كيلاً لا يجوز وإن تساويا فيما بيعا به حتى يعلم تساويهما بالأصالة وما لا نص فيه تعتبر العادة، وعن أبي يوسف أن العرف على خلاف المنصوص عليه معتبر.

قال في «الحواشي السعدية»: وعلى هذا فاستقراض الدراهم عدداً وبيع الرقيق وزناً على ما هو المتعارف في أزماننا/ ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية انتهى، [٣٩٤/ ب] أي يبيعه بمثله وزناً، وظاهر ما في «الفتح» يفيد ترجيحها ثم مقتضى ما قالا امتناع السلم في الحنطة وزناً وهو رواية الحسن عن أصحابنا، واختار الطحاوي الجواز لأن المسلم فيه معلوم وعليه الفتوى.

وقوله في «الكافي»: الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلاً وأسلم وزناً لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل إذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع كذا في «الفتح»، **(لا متفاضلاً)** لوجود علة الربا **(وجيده)** أي: جيد مال الربا و**(كرديئه)** فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً للنهي عن ذلك، وقد اعتبروا الجودة في الأموال الربوية في مال اليتيم فلا يجوز للوصي بيع جيده برديء، وينبغي أن يكون الوقف كذلك وفي مال المريض

ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف وصح بيع الحفنة بالحفنتين.............

حتى اعتبرت من الثلث وفي القلب الرهن إذا انكسر ونقصت قيمته فللراهن تضمين المرتهن قيمته ذهباً ويكون رهناً، ذكره الزيلعي كذا في «البحر».

(**ويعتبر التعيين دون التقابض**) في الربويات (**في غير الصرف**) لأنه مبيع متعين فلا يشترط في صحته القبض كالثوب بالثوب، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض، ومعنى قوله في الحديث: «يد بيد»[1] «عيناً بعين»[2] كما رواه مسلم، وأورد أن فيه إما تعميم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأن يداً بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى التعيين في غيره. وأجيب بأن يداً بيد فسر بالتعيين والاستدلال به على التقابض في الصرف لا ينفيه لأنه لا يكون فيه إلا به، بقي أن يقال: حمل يداً بيد على معنى عيناً بعين محكم فكان تفسيراً له قال في «الفتح»: ولقائل أن يمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب أن يحمل عيناً بعين عليه لأن القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيناً، وليس كل تعيين قبضاً، وباب الربويات احتياط فيجب أن تحمل العينية على القبض هذا إذا كانا عينين، فإذا كان أحدهما ديناً والآخر عيناً إن كان العين هو المبيع جاز، ويشترط إحضار الدين والقبض في المجلس قبل التفرق بالأبدان لأن الدين لا يتعين، إلا بالقبض ولو قبض الدين فقط ثم تفرقا جاز، وإن كان الدين هو المبيع لم يجز وإن أحضره في المجلس كاشتريت منك قفيز حنطة بهذا القفيز وما دخل عليه الباء فهو ثمن، ولو تبايعا دراهم بفلوس فالقبض في أحد الجانبين شرط كذا في «السراج».

(**وصح بيع الحفنة**) وهي ما يملأ الكفين كما هو في «الصحاح» (**بالحفنتين**) لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة وهو نصف الصاع قد جعلوا ما دونه في حكم الحفنة، لأن الشارع لم يقدر بعض المقدرات في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه، وعرف من هذا أنه لو وضعت مكايل أصغر منه كربع القدح وثمنه كما في مصر لا يعتبر التفاضل بها هذا إذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع، فان بلغ لم يجز وفي «جمع التفاريق»[3] قيل: لا رواية في الحفنة بقفيز، واللب

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٤)، والبخاري في صحيحه (٣٧٢٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧)، وأحمد في مسنده (١١٥٧٣).

(٣) وهو في الفروع للإمام زين المشايخ أبي الفضل محمد بن أبي القاسم البقالي الخوارزمي الحنفي المتوفى سنة (٥٨٦) اهـ. كشف الظنون (١/ ٥٩٥).

والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين والفلس بالفلسين بأعيانهما واللحم بالحيوان........

بالجوزتين والصحيح ثبوت الربا، كذا في «الفتح». (**والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين**) لأن هذه الأشياء ليست بمكيل ولا موزون فانعدمت العلة بانعدام أحد شرطيها، ولذا كانت مضمونة بالقيمة عند الإتلاف هذا في غير الجوز من العدي المتقارب، أمّا فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العددان، وكذا التمرة لا في حكم الربا قيد بالتفاضل لأن النساء فيها لا يجوز.

قال في «الفتح»: ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين، أمّا إذا كانت مكايل أصغر منها كما مر فلا شك وكونه لا تقدير في الشرع بما دونه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداؤه، ولو أعجب غاية العجب من كلامهم هذا، وروى المعلى عن محمد أنه يكره التمرة بالتمرتين وقال: كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام.

(و) صح أيضاً بيع (**الفلس بالفلسين**) وبما زاد عليهما (**بأعيانهما**) قيد في الكل وهذا عندهما، وقال محمد: لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كان بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية يتعين بالتعيين ولا يعود وزنياً كبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد كذا في «الهداية»، واعترض عليه بأنها إذا/ كسدت باصطلاح الكل لا يكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما مع اتفاق ما سواهما على الثمنية. [٣٩٥/أ]

وأجيب بأنها في الأصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد وعلى خلافه فلا يجوز، وأمّا إذا اصطلحا على أنها عروض فهو على الأصل فيجوز وإن كان من سواهما على الثمنية وفيه نظر لأن هذا ينافي قوله أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إلى آخره قيد بكون البدلين معينين لأنهما لو كانا غير معينين أو أحدهما لا يجوز اتفاقاً، غير أن عدم الجواز عند انتفاء تعيينهما باقٍ، وإن تقابضا في المجلس بخلاف ما لو كان أحدهما فقط وقبض الدين فإنه يجوز، كذا في «المحيط»، وسيأتي عند قوله: ولو كسدت أفلس القرض بقيت أحكام الفلوس.

(و) صح أيضاً بيع (**اللحم بالحيوان**) عندهما سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساوياً لما في الحيوان أو لا بشرط التعيين، أمّا نسيئة فلا لأنها إن

والكرباس بالقطن والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلاً..........

كانت في الحيوان أو في اللحم كان سلماً وهو في كل منهما غير صحيح، وقال محمد: إن بغير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية جاز كيف ما كان، وإن كان بجنسه كلحم شاة بشاة حية فلا بد أن يكون اللحم المقرر أكثر من الذي في الشاة لتكون الشاة بمقابلة السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والأكارع، ولهما أنه باع موزوناً بما ليس بموزون وعلانية اتحاد المجلس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب لكن اتحاده مع اختلاف المقدر به إنما يمنع النساء به وقد قلنا به.

وادعى بعض المشايخ أن لحم الشاة مع الشاة الحية جنسان أخذاً من قوله تعالى ....[1] وعليه فلا إشكال وأجمعوا أن الشاة لو كانت مذبوحة مسلوخة قصد السقط منها جاز إذا تساويا، وأنه لو باع مذبوحة بحية جاز أيضاً، أمّا على قولهما فظاهر، وأمّا على قول محمد فلأنه لحم بلحم وزيادة اللحم مع أحدهما مع سقطها بإزاء السقط، وعلى هذا فيجوز بيع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بمذبوحة لأن زيادة لحم الشاة بإزاء الجلد على وزان ما مر، وفي «شرح الطحاوي» ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم شاة فالجواب في قولهم جميعاً كما قال محمد.

وفي «الحاوي»: لو باع شاة في ضرعها لبن بجنس لبنها فهو على الاختلاف الذي في اللحم، والمذكور في «الشرح» أنه لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو لبن بشرط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة، وفي «السراج» ولا خلاف بينهم أنه لا يجوز بيع اللبن بشاة في ضرعها لبن إلا على وجه الاعتبار فما في «الحاوي» ضعيف.

(و) صح أيضاً بيع (**الكرباس**) جمع كرابيس ثياب كان يبيعها الإمام محمد بن محمد الكرابيسي، وإليها نسب (**بالقطن**) لاختلافهما فهما جنسان لأن الثوب لا ينقض فيعود قطناً لأنه موزون والثوب غير كذلك، وأفهم كلامه جواز بيعه بالغزل بالأولى، ولو باع القطن بقوله جاز عند محمد لاختلاف الجنس لما قلنا، ومنعه أبو يوسف إلا مساوياً لأن غزل القطن قطن وقول محمد أظهر، ولو باع المحلوج بغيره جاز إذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر، ولو باع غير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الذي في القطن ليكون الزائد مقابلاً بالقطن، كذا في «الشرح».

(و) صح أيضاً بيع (**الرطب بالتمر**) حال كونه (**متماثلاً**) كيلاً، كذا في غير

---

(١) بياض في الأصل.

والعنب بالزبيب..............................

كتاب وقال العيني: وزناً، أمّا بيع الرطب بالرطب فبالإجماع، وأمّا بالثمر فهو قول أبي حنيفة وقالا: وبه قالت الأئمة الثلاثة لا يجوز متساوياً لأنه ﷺ حين سئل عنه قال: «أينقص إذا جف فقيل نعم قال: لا إذاً»[1] رواه مالك وغيره، فبين العلة في المنع وهو كونه ينقص في ثاني الحال عن المساواة وله أنه تمر لقوله ﷺ حين أهدى إليه رطباً: «وكل تمر خيبر هكذا» ورد بأن المهدى إنما كان تمر كما أخرجه الشيخان[2] والمحكي عن الإمام أنه حين دخل بغداد سئل عن ذلك وكان أشد عليه لمخالفته الخبر إنما استدل عليهم بأن الرطب إمّا أن يكون تمراً أو لا، فإن كان جاز لقوله «التمر بالتمر»[3] وإلا فبقوله «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»[4] فأورد عليه الحديث المتقدم فأجاب بأن مداره على زيد بن عباس وهو لا يقبل حديثه، وقد رد ترديده وطعنه بأن هناك قسماً ثالثاً وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر لعدم تسوية الكيل بينهما لأنها إنما تكون في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر، وأمّا زيد بن عباس فوثقه غير واحد والمذكور في كتب الحديث عن الإمام أنه قال: هو مجهول. قال ابن الجوزي: إن كان هو لا يعرفه فقد عرفه أئمة النقل.

وأجيب عن الأول بأن الإمام إنما يعتبر التساوي في حالة العقد وعروض/ النقد [٣٩٥/ ب] بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجبه أمراً خلقياً، وقد أجيب أيضاً بأن المراد بتقدير صحة المسند النهي عن بيعه نسيئة لما في «أبي داود»: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر نسيئة»[5] ورد بأنه يبقى قوله: «أينقص إذا جف؟»[6] عرفياً عن الفائدة وما ذكروا من أن فائدته، أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الإشفاق مبني على أن السائل كان ولي اليتيم ولا دليل عليه، كذا في «الفتح».

(و) صح أيضاً بيع **(العنب بالزبيب)** متماثلاً كيلاً عنده خلافاً لهما والوجه لكل ما مر وقيل: لا يجوز اتفاقاً كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق له على هذه

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٦٤) (٢/٤٤)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٩٧) (١١/٣٧٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٩)، ومسلم في صحيحه (١٥٩٣).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٢)، ومسلم (١٥٨٨).

(٤) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٤).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٦٠)، الدارقطني في سننه (٣/٤٩).

(٦) تقدم تخريجه.

واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب وشحم البطن بالألية أو باللحم والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا................

الرواية أن إطلاق اسم التمر على الرطب استعمل كما مر ولا كذلك الزبيب، وقيل: يجوز اتفاقاً وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار فصار في المسألة أربع روايات قيد بالزبيب لأن بيعه كالرطب بمثله كيلاً جائز عندنا، وكذا كل ثمرة لها جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والإجاص يجوز بيع رطبها ويابسها، وكذلك يجوز بيع الباقلاء الأخضر بمثله وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة، كذا في «الفتح».

(و) صح أيضاً بيع (**اللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً**) يداً بيد قيد باختلافهما، لأن التفاضل عند اتحاد الجنس لا يجوز كلحم البقر والجاموس والمعز والضأن وكذا ألبانها إلا إذا اختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن، وكذا إذا نبذ بالصنعة كالزيت المطبوخ بغيره والدهن المربى لأن المقاصد تختلف بالتبدل أيضاً فيجوز التفاضل،، وقدمنا عن الثاني أن لحم الطير يجوز التفاضل فيه وإن كان نوعاً واحداً لأنه لا يوزن عادة، وبه جزم الشارح وغيره هنا، قال في «الفتح»: وينبغي أن يستثنى منه الدجاج والأول لأنه يوزن في عادة ديار أهل مصر بعظمه انتهى، وهذه العادة لم تعرف إلا بمصر وإنما كانت في زمنه.

(و) صح أيضاً بيع (**لبن البقر والغنم**) متفاضلاً منه بذلك علي أن الأجزاء تتبع الأصول في الاختلاف وعدمه حتى جاز لبن البقر والغنم متفاضلاً دون لبن المعز والضأن. (و) صح أيضاً بيع (**خل الدّقل**) بفتح الدال والقاف الرديء من التمر وخصه وإن كان خل تمر كذلك جرياً على عادتهم في جهل الخل منه (**بخل العنب**) متفاضلاً بخلاف جنسهما.

(و) صح أيضاً بيع (**شحم البطن بالألية**) مخففة (**أو باللحم**) متفاضلاً، لأنها وإن كانت كلها من الضأن إلا أنها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والمقاصد. (و) يصح أيضاً بيع (**الخبز بالبر وبالدقيق متفاضلاً**) في أصح الروايتين عن الإمام قيل: هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة وعليه الفتوى عدداً ووزناً كيف ما اصطلحوا عليه لأنه بالصنعة صار جنساً آخر، والبر والدقيق مكيلان فانتفت العلتان، ولا يخفى أن هذا في الحنطة ظاهر لأنها مكيلة والخبز إما موزون أو معدود. وأمّا الدقيق فوزني في عرفنا ومع هذا يجوز التفاضل لاختلاف الجنس بالصنعة فقط هذا إذا كان يداً بيد، فإن كانت نسيئة إن كانت الحنطة هي المتأخرة جاز لأنه أسلم موزوناً في مكيل، وفي عكسه لا يجوز عند الإمام لأنه لا يتوقف على حد له فإنه يتفاوت في الصنعة عجناً

لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم وستفرض الخبز وزناً لا عدداً...............

وخبزاً، وكذا عند محمد لأنه عددي عنده، ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني عنده أو يجوز بشرط الوزن وإن كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن مضبوط نوعيهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر، واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه وقبل ذلك فالأحوط المنع.

(لا) يصح (**بيع البر بالدقيق أو بالسويق**) وهو ما يجرش من الحنطة والشعير وغيرهما يعني ولا متساوياً لأنه جنسه من جنس المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوّ لهما فكان فيه شبهة الربا، بخلاف بيع السمسم بالسمسم حيث يجوز لأن المعيار فيه الوزن وهو مسوّ، ودل كلامه أن بيع الدقيق بالدقيق متساوياً جائز سواء كان أحدهما أخشن وأدق، وكذا بيع النخالة بالنخالة لا متفاضلاً لاتحاد الاسم والصورة والمعنى في بيعه بمثله وزناً روايتان، وفي «الصغرى» بيع النخالة بالدقيق عند أبي يوسف يجوز على طريق الاعتبار بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة في الدقيق، وعند محمد لا يجوز بطريق الاعتبار بل إذا تساويا كيلاً قيد بالبر لكن بيع الدقيق بالسويق لا يجوز عنده مطلقاً ويجوز عندهما مطلقاً لاختلاف.

(و) لا يصح أيضاً بيع (**الزيتون بالزيت** و) لا بيع (**السمسم بالشيرج**/ **حتى** [٣٩٦/أ] **يكون الزيت**) الخالص (**والشيرجي أكثر مما في الزيتون والسمسم**) ليكون الخارج منه من الدهن المفرد والزائد بمقابلة الشيرج، ومن هذا النوع بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه، والعنب بعصيره، والتمر بدبسه، وطريقة معرفة ذلك العلم حتى لو جهل أو علم أنه أقل أو مساوٍ لا يجوز.

وفي «الخانية» هذا إذا النقل له قيمة، فإن كان لا قيمة كما في الزبد بعد إخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد يروى ذلك عن الإمام، (**ويستقرض الخبز وزناً لا عدداً**) عند أبي يوسف لأن الوزن يوجب التساوي دون العدد، وعند محمد يجوز بهما للتعامل بين الجيران بذلك مهددين تفاوته والحاجة تدعو إلى ذلك بينهم والقياس يترك بالتعامل.

قال في «الفتح»: وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، وأنا أرى أن قول محمد أحسن انتهى. وفي شرح «المجمع» لابن الملك وعليه الفتوى، وفي «المجتبى» باعه رغيفاً نقداً برغيفين نسيئة يجوز، ولو باع الرغيفان نقداً والرغيف

ولا ربا بين المولى وعبده وبين الحربي والمسلم ثمة.

نسيئة لا يجوز، ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقداً ونسيئة كيفما كان **(ولا ربا)** يتحقق **(بين المولى وعبده)** ولو مدبراً أو أم ولد لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع، بخلاف المكاتب لأنه ضار كالحر يداً وتصرفاً في كسبه وهذا الإطلاق قيده في «الهداية» بما إذا لم يكن مأذوناً مديوناً، فإن كان تحقق الربا بينهما، أمّا عند الإمام فلعدم ملكه لما في يده، وأمّا عندهما فلتعلق حق الغرماء، والمص تبع صاحب «المبسوط» في الإطلاق وهو التحقيق، كما في «الدراية».

إلا أن على المولى أن يرد ما أخذه من العبد لأن أخذه من العبد بغير عوض لا للربا، ولو أعطاه العبد درهماً بدرهمين لا يجب عليه الرد على المولى، كما في صرف «المحيط» قال الشر: وكذا لا ربا بين المتفاوضين، وكذا شريكي العنان إذا تبايعا من مال بالشركة.

(و) لا **(بين المسلم والحربي ثمة)** أي في دار الحرب حتى لو باع مسلماً دخل إليهم مستأمناً درهماً بدرهمين لا يجب عليه الحل، وكذا إذا باع منه ميتة أو خنزيراً أو قامرهم وأخذ المال وهذا عندهما، وقال أبو يوسف: لا يحل وبه قالت الثلاثة لإطلاق النصوص المحرمة للربا وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا.

وأمّا إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم لم يجز الربا معه، وعلى هذا فلو قال: ولو في دار الحرب لكان أولى وكذا لو أسلما ولم يهاجر كما في «إيضاح الكرماني» ولهما ما روي أنه ﷺ قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»[1] وقد طعن في هذا الحديث وجعله في «المبسوط» من مراسيل مكحول وهو ثقة والمرسل من مثله مقبول ولأن مالهم مباح وبعقد الأمان عنهم لم يصر معصوماً إلا أنه التزم ألا يتعرض لهم لغدره، ولا لما في أيديهم لغير رضاهم فإذا أخذ برضاهم أخذ مالاً مباحاً بلا عذر ويملكه بحكم الإباحة الأصلية كذا قالوا، وأنت خبير بأن هذا إنما يفيد حل العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم والربا أعمّ من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الزائد من جهة المسلم أيضاً، وجوابه المسألة بالحل عام في الوجهين وعرف من هذا أن الربا يجري بين المسلم والمستأمن منهم في دارنا لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان.

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٤٤).

باب الحقوق

العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء منزل إلا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه........................

باب الحقوق

حق هذا الباب أن يذكر قبل الخيار إلا أن المص كصاحب «الهداية» اقتفى أثر محمد في «الجامع الصغير» في ذكره هنا لأنها توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع، وأراد بها حقوق المبيع العلو وهو خلاف السفل بضم العين وكسرها، كذا في «المصباح» وفي غيره مثلث العين وقيل بكسرها لا غير واللام ساكنة، واعلم أن الأسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار، بدأ المص ببيان الأول فقال: لا يدخل بشراء بيت، أي (**إذا اشترى بيتاً**) فوقه بيت (**لا يدخل العلو**)، ولو قال: (**بكل حق**) هو له أو بكل قليل وكثير ما لم ينص عليه لأن البيت اسم لمسقف واحد جعل البيات فيه، فمنهم من يقتصر على هذا، ومنهم من يزيد له دهليزاً والعلو مثله في أنه مسقف يبات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل هو أدنى منه.

(و) لا يدخل العلو أيضاً (**بشراء منزل إلا**) أن يقول المشتري (**بكل حق هو له أو**) كقوله (**بمرافقه**) جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ والكنيف ونحوه على التشبيه باسم الآلة، بخلاف المرفق في العضو فإن فيه فتح الميم وكسر الفاء وبالعكس، وكذا المرفق يعني ما ارتفقت به، كذا في «المصباح». (أو) يقول (**بكل قليل وكثير هو فيه أو منه**) لأن المنزل اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلاً أو نهاراً وله مطبخ وموضع لقضاء الحاجة فيسكن العيال مع ضرب قصور إذ ليس له إصطبل فلشبهه بالدار يدخل العلو تبعاً عند ذكر التوابع بلا تنصيص والشبهة بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة.

اعلم أن الحق في العادة يذكر فيما هو تبع/ [٢٩٦/ ب] للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد إلا لأجله كالطريق والشرب للأرض، والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء وقوله: كل قليل وكثير يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع مما يتصل به، كذا في «الذخيرة». والمذكور في «جامع الفصولين» من الفصل السابع أن الحقوق عبارة عن مسيل وطريق وغيره وفاقاً، والمرافق عند أبي يوسف عبارة عن منافع الدار، وفي ظاهر الرواية المرافق هي الحقوق انتهى.

ودخل بشراء دار كالكنيف لا الظلة إلا بكل حق ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق...

وإلى هذا يشير قوله أو يقول بمرافقة (**ودخل**) أي: العلو (**بشراء دار**) بلا ذكر زيادة على شرائها لأنها اسم لساحة أدير عليها الحدود تشتمل على بيوت وعلو، ولا فرق بين كون الأبنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب، كذا في «الفتح» وغيره، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل بلا ذكر.

قالوا: هذا في عرف أهل الكوفة فيدخل العلو من غير ذكر الصور كلها سواء كان المبيع بيتاً فوقه علواً، أو منزلاً كذلك لأن كل مسكن يسمى خانة في العجم، ولو علواً سواء كان صغيراً كالبيت أو غيره إلا دار الملك انتهى. فتسمى سراي (**كالكنيف**) أي: كما يدخل الكنيف في شراء الدار بلا ذكر لأنه منها عادة، ،ولو كان خارجها على الظلة وهو المستراح وبعضهم يعبر عنه ببيت، وفي «المصباح» أي الكنيف الساتر ويسمى الترس كنيفاً لأن يستر صاحبه، وقيل للمرحاض كنيف لأنه يستر قاضي الحاجة، وكذا يدخل بئر الماء والأشجار التي في صحنها والبستان الداخل، وأمّا الخارج فإن كان أصغر منها فكذلك، وإلا بان كأن أكبر منها أو مثلها لا يدخل إلا بالشرط (**لا**) تدخل (**الظلة**) بالضم كهيئة الصفة وبالكسر البيت الكبير من الشعر، كذا في «الصحاح».

وفي «المغرب» قول الفقهاء ظلة يريدون السدة التي فوق الباب وادعى في «إيضاح الاصطلاح» أن هذا وهم بل هي السابات الذي أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى وعلى الأسطوانات التي في السكة، وعليه جرى في «فتح القدير» وغيره وإنما لم تدخل لأنها مبنية على الطريق فأخذت حكمه وقالا إن كان مفتحها من الدار دخلت (**إلا**) أن يقول (**بكل حق**) أو نحوه مما مر.

(**ولا يدخل الطريق والمسيل**) وهو موضع جري الماء من المطر ونحوه، (**والشرب**) وهو النصيب من الماء في بيع المسكين أو الأرض (**إلا بنحو بكل حق**) كالمرافق وكل قليل وكثير لأن هذه الأشياء تابعة من وجه من حيث أنها تقصد بالانتفاع بالمبيع دون عينها أصل من وجه من حيث أنها يتصور وجودها بدون المبيع فلا تدخل إلا بذكر الحقوق أو المرافق. قال في «المحيط»: المراد الطريق الخاص في ملك إنسان، فأمّا طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى الطريق العام فيدخل، وعلله فخر الإسلام بأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق وهذا يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في «الكتاب» فالحق أن كلاً منهما لا يدخل، لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار وإنما اشترى شيئاً معيناً منها

بخلاف الإجارة.

فصـــل

البينة حجة متعدّية لا الإقرار..

فلا يدخل ملك البائع أو الأجنبي إلا بذكره كذا في «الفتح» فإن ذكر الحقوق وقال البائع: ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب (**بخلاف الإجارة**) حيث يدخل الطريق والمسيل والشرب في إجارة الدار والأرض بلا ذكر الحقوق لأن المقصود منها إنما هو الانتفاع بغير هذه الأشياء والبيع ليس كذلك، فإن المقصود منه في الأرض ملك الرقبة لا خصوص الانتفاع بل إما هو أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها فلم تتعين فائدة البيع، ولذا جاز بيع الجحش كما ولد، والأرض السبخة دون إجارتهما ولو اشترى علواً أو استثنى الطريق جاز بخلاف الإجارة.

تتمة: الإقرار بدار والصلح عليها والوصية بها كالبيع لا يدخل الطريق فيها إلا بذكر الحقوق أو المرافق كما في «الخانية»، وفي «الخلاصة» يدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة وفي القسمة ولو لم يذكر طريقاً، فإن أمكنه فتح باب صحت وإلا فسدت، كذا في «البحر». والمذكور في نظم ابن وهبان أنه إذا لم يمكنه فتح باب وقد علم ذلك وقت القسمة صحت، وإن لم يعلم فسدت، وفي «الفتح» ولا يدخل الطريق والمسيل فيها إلا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق وينبغي أن تكون الهبة والنكاح والخلع والعتق على دار كالبيع لا يدخل الطريق فيها إلا بذكر الحقوق والمرافق والوجه فيها لا يخفى، وفي «الحواشي اليعقوبية» ينبغي أن يكون الرهن كالبيع إذ لا يقصد به الانتفاع وهو جيد إلا أنك قد علمت أن المنقول خلافه.

فصل الاستحقاق

وهو طلب الحق ذكره بعد الحقوق للمناسبة بينهما لفظاً ومعنى، ولولا هذا لكان ذكره عقب الصرف أولى يقال استحق فلان الأمر/ استوجبه فالأمر مستحق [٣٩٧/أ] بالفتح اسم مفعول، ومنه خروج المبيع مستحقاً (**البينة حجة متعدية**) على الغير لا تصير حجة إلا بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة (**لا الإقرار**) لأنه يتوقف على القضاء، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه، كذا في «الشرح».

قال في «البحر»: وهو ظاهر في أن معنى التعدي كونه قضاء على الكافة في كل

....

ما قضي فيه بالبينة وليس كذلك، وإنما يكون على الكافة في الحرية والنكاح والنسب والولاء خاصة، واختلف المشايخ في الوقف، كما في «الخلاصة»، وصحح العمادي أنه ليس على الكافة، وأمّا القضاء بالملك فقضاء على المدعى عليه وعلى من تلقى الملك عنه، كذا في «الخلاصة» أيضاً.

وفي «فتح القدير» القضاء باستحقاق المبيع من يد المشتري قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحد منهم أنه ملكه وعلى الوارث قضاء المورث بشرطه، وذكر ملا خسرو أن الحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة لا تسمع دعوى الملك من أحد، وكذا العتق وفروعه وفي الملك المؤرخ على الكافة من التاريخ لا قبله يعني، إذا قال زيد لبكر: إنك عبدي ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر: إني كنت عبد بشر ملكي منذ ستة أعوام فأعتقني وبرهن عليه اندفع دعوى زيد، ثم إذا قال عمرو لبكر: إنك عبدي ملكتك منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه يقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكاً لعمرو، ويدخل عليه أن قاضي خان قال في أول البيوع من شرح «الزيادات» فصارت مسائل الباب على قسمين: العقد عتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الأصل والقضاء به قضاء على كافة الناس، والثاني القضاء بالعتق في الملك المؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون الكافة قبله فليكن هذا على ذكر منك فإن الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة انتهى.

وفي «الحواشي اليعقوبية»: هذا مشكل على قول الإمام لأن الجزئية بعتاق عارض حق العبد عنده إلا أن يقال إنَّ عموم حكم الحرية وفروعها على قولهما وهو بعيد انتهى، ثم ذكر ما قاله ملا خسرو وعزاه إلى «الزيادات» وغيرها من الكتب وإذا عرف هذا فالأولى أن يفسر تعديها بعدم اقتصارها على المدعى عليه أعم من كونه القضاء بها على الكافة أو لا بخلاف الإقرار، واعلم أنه عند اجتماع الإقرار والبينة ما الذي يقضى به ففي «فتاوى رشيد الدين» لو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق، ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع علىٍ بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالإقرار، وذكره في آخر كتاب «الدعوى» ادعى عيناً في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينة أقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضى بالبينة أو بالإقرار؟ اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: بالإقرار، وقال بعضهم: بالبينة، والأول أظهر وأقرب إلى الصواب.

قال في «الفتح»: وهذا يناقض ما ذكره أولاً إلا أن نخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وتحصل من هذا أن عند ثبوت الحق بهما يقضي بالإقرار على الأظهر إلا

والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية........

عند الحاجة فبالبينة (**والتناقض**)، وهو كما في «المصباح» التدافع يقال: تناقض الكلامان تدافعا كأن كل واحد نقض الآخر وفي كلامه تناقض كأن بعضه يقتضي إبطال بعض (**يمنع دعوى الملك**) أي: ملك العين أو المنفعة لما في «الصغرى» طلب نكاح الأمة مانع من دعوى تملكها، وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها، وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره وعلى ذلك تفرع ما في «البزازية» ادعى أنه فلان موكله بالخصومة ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لا يقبل إلا إذا وفّق وقال لفلان الأول وقد وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكلني أيضاً، والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة، وبرهن على ذلك على ما نص عليه الحصري في «الجامع» دل أن الإمكان لا يكفي انتهى.

وقيل: إنَّ إمكان التوفيق كافٍ حكاه في «الخلاصة»، واختار الخجندي أنه إن كان من المدعي فلا بد من التوفيق بالفعل، وإن كان من المدعى عليه فالإمكان كاف لأن الظاهر عند الإمكان وقوعه وهو حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعى عليه دافع والظاهر يكفي في المدفع لا في الاستحقاق والمدعى عليه، ويقال: إن تعددت الوجوه لا يلغى الإمكان، وإن اتحدت يكفي، كذا في «البزازية».

ومن فروع التناقض ادعى عيناً في يد إنسان أنها لزيد وقد وكلني بالخصومة ثم ادعاه لنفسه وبرهن لا يقبل، ولو لنفسه ثم لفلان وبرهن قبل ومنها ادعى نفقة بالأخوة فأنكر أنه أخ له ثم مات فطلب إرثه مدعياً أنه أخ له لا يقبل، وفي الأبوة والبنوة والمسألة بحالها يقبل ويقضى له بالميراث، ومنها ادعى عليه ديناً معلوماً فأنكر، ثم إنه ادعى شركة لا يقبل وفي عكسه يقبل لأن مال الشركة/ يجوز أن يكون ديناً [٣٩٧/ ب] والدين لا يصير مال الشركة الكل في «الظهيرية»، وفروع التناقض كثيرة وسيأتي في الدعوى شيء منها أيضاً إن شاء الله تعالى. (**لا**) يمنع التناقض دعوى (**الحرية**) حتى لو ادعى المكاتب بدل الكتابة ثم برهن على إعتاق المولى قبلها قبلت ورجع بما أدى، وكذلك العبد لو انقاد للبيع ثم ادعى العتق بعده أو أنه حر الأصل وبرهن على ذلك قبل برهانه استحساناً، كذا في «المبسوط» وغيره.

قال في «جامع الفصولين»: وتفسير الانقياد أن ينقاد لتسليم المشتري يعني إذا أسلم للمشتري لا يأبى وسكت، أمّا السكوت عند البيع فليس انقياد انتهى، وكما لا يمنع التناقض دعوى الحرية وفروعها من العبد لا يمنعها من المشتري حتى لو برهن المشتري على أنها حرة الأصل وهي تدعي ذلك، أو أنها ملك لفلان وقد أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها تقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في

والنسب والطلاق..

الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى، كذا في فروع «فتح القدير». وظاهر أن قوله وهي تدعي ذلك اتفاقي (والطلاق) حتى لو برهنت على الثلاث بعدما اختلعت قبل برهانها واستردت قبل الخلع لاستقلال الزوج بذلك بدون علمها، وكذلك لو قاسمت المرأة ورثت زوجها وقد أقروا بالزوجية كباراً ثم برهنوا أن زوجها كان طلقها في صحته ثلاثاً فإنهم يرجعون عليها بما أخذت، ومن هذا النوع استأجر داراً، ثم ادّعى أن والده كان اشتراها له في صغره وبرهن قبلت، كذا في «العمادية» وغيرها. وفي «البزازية» ادعى شراء من أبيه فقل أن يزكي شهوده برهن على أن ورثها منه يقبل، وعلى العكس لا ولو ادعى عليه عيناً له وعليه قيمته ثم ادعى أن العين قائم في يده وعليه إحضاره يقبل، وكذلك على القلب لأنه مكان الخفاء فيعفى فيه التناقض.

(و) لا يمنع أيضاً دعوى (النسب) كما لو باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه تسمع دعواه ويبطل الشراء الأول والثاني لأن النسب ينبني على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض قاله العيني، وقدمنا أن التناقض كما يعفى في الفروع يعفى في الأصول أيضاً.

وأمّا من عداهم فإنهم لا يعفى فيه كالأخوة وقد صح عد ذلك البزازي في الدعوى حيث قال: ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه، إن ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن عليه يقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً حتى لو حضر الأب وأنكر لا يقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب،وإن لم يدّعِ مالاً بل ادعى الأخوة المجردة لا يقبل لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أبي المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه وأب ابنه والابن غائب أو ميت لا يصح ما لم يدعِ مالاً، فإن ادّعى مالاً فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً كما مر، بخلاف ما لو ادعى عليه أنه أبوه أو ابنه أو على امرأة أنها زوجته، أو ادعت عليه أنه زوجها أو ادعى العبد على عربي أنه مولى عتاقه أو ادعى عربي على آخر أنه معتقه، أو ادعت على رجل أنها أمته، أو كانت الدعوى بولاء الموالاة وأنكر المدعى عليه فبرهن المدعي على ما قال يقبل ادعى به حقاً أو لا، ألا ترى أنه لو أقر بأنه أبوه أو ابنه أو زوجته صح؟ أو بأنه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير انتهى، وإذا عرف هذا فدعوى نحو الأخوة من قبيل دعوى الملك لكونها لا تصح إلا في ضمن مال، وفيها معزياً إلى «الذخيرة» ادعاه مطلقاً فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيداً: وبرهن عليه فقال المدعي: ادعيته الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع انتهى، وبه عرف أن المتناقض لو قال: أبطلت أحد الكلامين يقبل

مبيعة ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها وإن أقرّ بها لرجل لا........................

منه ولا يحتاج إلى التوفيق ولا إلى النظر في إمكانه، كذا في «البحر» وفي الاستخراج تأمل فتدبره. وفي «الصغرى» ادعى بحدوث إرث ثم ادعاه ملكاً مطلقاً لا تسمع إذا كانت الدعوى الأولى عند قاضي، أمّا إذا لم تكن فهذا والأول سواء هذا على الرواية التي ذكروا بأن التناقض إنما يتحقق إذا كان كلا الدعوتين عند القاضي، فأمّا من اشترط أن يكون الثاني عند القاضي يكتفى في تحقق التناقض بكون الثانية عند الحاكم. وفي «البزازية»: ذكر مسألة ثم قال: المسألة أنّه لا يشترط في التناقض كون المبتدأ تعين في مجلس الحكم بل يكتفى بكون الثاني في مجلس الحكم انتهى. والأوجه عندي اشتراطهما عند الحاكم إذ من شرائط الدعوى كونها لديه كما سيأتي والله الموفق.

(**مبيعة ولدت**) لاستيلاد منه قيد به في «العناية» «والكافي» ولا بد منه (**ببينة تبعها ولدها**) وأرشها، (**وإن أقر بها لرجل لا**) أي: لا يتبعها، والفرق ما مهده من الأصل وهو أن البينة حجة متعدية لا الإقرار إلا أن هذا مقيد / بما إذا لم يدعه المقر [٣٩٨/أ] له، فإن ادعاه كان له أيضاً وظاهر قوله تبعها ولدها أنه لا يحتاج إلى القضاء به، والأصح أنه لا بد من القضاء به أيضاً لأنه أصل القضاء لانفصاله واستقلاله، وإلى هذا أشار محمد بقوله: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعلم بالزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم، وكذا إذا كانت في يد غائب حيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز، عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصومة.

وفي «البزازية» شهدا على رجل في يده جارية أنها لهذا المدعي ثم غابا أو ماتا ولها ولد في يد المدعى عليه يدعي عليه أنه له وبرهن على ذلك لا يلتفت الحاكم إلى برهانه ويقضي بالولد للمدعي، فإن حضر الشهود وقالوا: الولد للمدعى عليه، ضمن الشهود قيمة الولد لأنهم رجعوا، فإن كانوا حضوراً وسألهم عن الولد فإن قالوا: إنّه للمدعى عليه ولا ندري لمن الولد يقضي بالأم للمدعي دون الولد انتهى، وهذا يفيد أن القضاء بالولد محله ما إذا بيّنا أنه للمدعى عليه، وقالوا: لا ندري لا يقضي به، واعلم أن القضاء باستحقاق المبيع لا يوجب انفساخ العقد لكن يوجب توقفه على إجازة المستحق، كما في «النهاية» وتبعه الجماعة واعترضه شارح بأن غايته أن يكون بيع فضولي وفيه إذا وجد عدم الرضى ينفسخ العقد وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى.

قال في «الفتح»: وما ذكره صاحب «النهاية» هو المتصور وقول إثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضى

وإن قال عبد لمشتر اشترني فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة فلا شيء على العبد وإلا رجع المشتري على العبد والعبد..................

بأن يذهب من يده مجاناً وذلك لأنه لو لم يدعِ الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بد له فإثباته ليحصل العقد إما بالعين أو البدل بأن يجير ذلك البيع هذا واختلف في البيع متى ينفسخ؟ والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعدما قضي له أو بعدما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح.

وقال الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخاً للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء، وعن الإمام لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي، وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم ينفسخ وهو الأصح، (**وإن قال عبد**): أي إنسان (**لمشتر اشترني فأنا عبد**) لزيد (**فاشتراه**) معتمداً مقاله (**فإذا هو حر**) أي: ثبتت حريته بدعواه مع البرهان عقب شرائه على وزان خرجت فإذا الأسد بالباب قيل: المسألة منه للتناقض.

وأجيب بأنها موضوعة في حرية «الأصل» وفيها لا تشترط الدعوى لتضمنه تحريم فرج أمة على السيد وأخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى، وجعله في «العناية» قول عامة المشايخ، والمذكور في «الشرح» أن عامتهم على أن دعوى العبد شرط عنده في الأصلية والعارضية وهو الصحيح، لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى بها، أمّا في حرية الأصل فلحقا حال العلوق، وأمّا في الإعتاق فلأن المولى ينفرد به والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه.

وفي «البزازية» أجمعوا على أن اشتراط الدعوى للتحليف في الحرية الأصلية، ولو ادعاها ثم ادعى العارضية يعفى التناقض، (**فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة**) بأن علم مكانه وظاهر إطلاقهم ولو بعد بحيث لا يوصل إليه عادة كأقصى الهند (**فلا شيء على العبد**) للتمكن من الرجوع على القابض (**وإلا**) بأن لم تكن معروفة (**رجع المشتري على العبد**) بالثمن، وعن أبي يوسف أنه لا يرجع وجه الظاهر أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره فكان مغروراً من جهته، والتقرير في المعاوضات يجعل سبباً للضمان فكان بتقريره ضامناً لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع قيد بالأمر والإقرار، لأنه لو أمره بالشراء ولم يقر أو أقر ولم يأمره لا يرجع على المشتري اتفاقاً، كذا في «الحواشي اليعقوبية» تبعاً «للعناية» وغيرها ويرجع العبد على العبد لأنه أدى عنه دينه وهو مضطر إلى أدائه.

(و) في شرح «الجامع الصغير» لقاضي خان هذه المسألة دليل على أن (**العبد**)

على البائع بخلاف الرهن ومن ادّعى حقاً في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشيء ولو ادّعى كلها رجع عليه بقسطه...

إذا كفل بثمن نفسه (**على البائع**) صحّت الكفالة انتهى، فإن أريد بالعبد الذي ظهر أنه حر فلا إشكال في صحة الكفالة حتى لو قال: اشترني فأنا عبد وقد ضمنت لك الثمن وظهر أنه حر كان للمشتري الرجوع عليه بالثمن، ولو كان البائع حاضراً وإن أريد به الذي لم تظهر حريته وقد استحق من يد المشتري فسيأتي أنه يطالب بالكفالة بعد العتق ولا كلام في الصحة.

وفي «الخانية» المغرور يرجع بأحد أمرين، إمّا بعقد المعاوضة، أو بقبض بكون الدافع كالوديعة والإجارة إذا هلكت العين فيهما ثم جاء مستحق واستحق العين أو ضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع/ بما ضمن (**بخلاف الرهن**)، [٣٩٨/ ب] أي: بخلاف ما لو قال: ارتهني فأنا عبد فارتهنه فإذا هو حر حيث لا يرجع على العبد بحال لأنه ليس بعقد معاوضة بل عبد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه، فلو هلك يقع استيفاء للدين، ولو كان معاوضة لا يجعل الأمر به ضماناً إذ ليس تعزيراً في عقد معاوضة.

(**ومن ادعى حقاً**) أي مجهولاً (**في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها**) أي بعض الدار (**لم يرجع**) المدعى عليه (**بشيء**) على المدعي لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي، وإن قل قيد باستحقاق بعضها لأنه لو استحق الكل رجع بما أدى لأنا تيقنا بأنه أخذ عوض ما لا يملك ونكر الحق لأنه لو قدره بجزء معلوم كربع ونحوه لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك المقدار، وإن بقي أقل منه رجع بحساب ما استحق منه.

قالوا: دلت المسألة على أمرين أحدهما أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز لأن الإبراء عن مجهول جائز عندنا لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة، والثاني أن صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعي به، ولذا لو أقام بينة لا تقبل نعم لو ادعى إقراره بالحق قبلت لأن الإقرار بالمجهول صحيح يعني ويجبر على البيان.

تكميل: اشترى شيئاً ثم قال: هو ملك فلان وصدّقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول إذا لم يعلم عيبه ولا سلامته، (**ولو**) أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا تقبل لتناقضه، ولو برهن على إقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدمه، كذا في «الفتح».

وفي «البزازية» ذكر القاضي (**ادعى عليه**) أنها له، ثم ادعى أنها وقف عليه

ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه إن بقي العاقدان والمعقود عليه..........

تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعاً كما لو ادعى لنفسه ثم ادعى لغيره ذلك أو ادعاه بالوكالة عن غيره، ولو ادعى أولاً الوقف ثم ادعاه لنفسه لا تسمع كما لو ادعاها لغيره ثم لنفسه.

فصل في بيع الفضولي

ذكره بعد الاستحقاق لأن بيعه صورة من صوره لأنه يتضمن، إما دعواه إن بايعك باع ملكي بغير أمري الغصب، أو فضولي بضم الفاء لا غير جمع فضل غلب على هذا الجمع في الاشتغال بما لا يعنيه ولا ولاية له فيه، قال في «الفتح»: فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر، ولمّا كان علماً بالغلبة على هذا المعنى لم يرد في النسبة إلى الواحد، وإن كان هو القياس كالأنصاري كما في «البناية» وفي «المغرب» هو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الخطأ انتهى. والأولى ما قيل: هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي إذ الولي المجبر ليس بوكيل (**ومن باع ملك غيره**) يعني لغيره.

أمّا إذا باع لنفسه لم ينعقد، كذا في «البدائع» وأراد بغير أمره لقوله (**فللمالك أن يفسخه أو يجيزه**)، وأفاد أنه صحيح لكنه موقوف على الإجازة لخبر الترمذي عن حكيم بن حزام دفع له ﷺ ديناراً ليشتري به أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين واشترى واحدة بدينار وجاء بالشاة والدينار إليه وأخبره بذلك فقال: «بارك الله في صفقتك، فأمّا الشاة فضحِ بها، وأمّا الدينار فتصدق به»[١] ولأن هذا التصرف عارٍ عن الضرر بل فيه نفع العاقد بصون كلامه عن الإلغاء بل وحصول الثواب إذا نوى الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم والمالك باكتفائه مونة طلب المشتري ونفاق سلعته والمشتري بوصوله إلى المبيع قيد بالمالك لأن الفضولي ليس له غير الفسخ دفعاً للحقوق عن نفسه، ثم لإجازة المالك شروط نبه عليها بقوله: (**إن بقي العاقدان والمعقود عليه**) لأنها تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام من ذكر، ولو لم يعلم حال المعقود عليه وقت الإجازة جاز في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد، وفي قوله الآخر لا يجوز ما لم يعلم قيامه وقتها لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك. قال في «البحر»: ولا يشترط قيام المبيع وفي مسألة في لقطة «الخلاصة» الملتقط إذا باع اللقطة فهلكت العين فأجاز المالك بعد الهلاك صح.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٦)، والترمذي في سننه (١٢٥٧).

وله وبه لو عرضاً،..............................

وأقول: لم أجدها في «الخلاصة» وإنما الذي فيها ما لفظه: الملتقط إذا باع اللقطة بغير أمر القاضي ثم جاء صاحبها بعدما هلكت العين إن شاء ضمن البائع، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامة المشايخ، وذكر السرخسي أن المودع إذا باع الوديعة وهلكت وضمنه المالك فهو كاللقطة انتهى. وهكذا في «البزازية» وليس هذا من إجازة البيع الفضولي في شيء بل إنما نفذ بيعه لثبوت الملك للبائع بأداء الضمان ضرورة فلا استثناء حينئذ فتدبره.

وفي «فروق الكرابيسي» لو شرط الفضولي الخيار للمالك بطل العقد لأنه لو بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلاً انتهى، وكان ينبغي أن يكون الشرط لغواً فقط فتدبره والمعقود له لتوقفه على إجازته حتى لم ينفذ بإجازة غيره كالوارث بخلاف القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير فإنها/ تجوز بإجازة ورثته بعد موته [٣٩٩/أ] عندهما استحساناً لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة، وقال محمد: لا تجوز بإجازة ورثته وهو القياس قال في بيع مقايضة واشترط قيامه أيضاً لأن له شبهاً بالمبيع وبالإجازة يكون الفضولي مشترياً للعرض من وجه الشراء حيث وجد نفاذاً لا يتوقف فيصير العرض مملوكاً له، والإجازة إجازة نقد على معنى أنه أجاز الفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض كأنه قال: اشترِ هذا العرض لنفسك وانعقد ثمنه من مالي هذا قرضاً عليك، فإن كان مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً كجارية فيصير مستقرضاً للجارية والقرض، وإن لم يجز في القيميات لكن إذا كان قصداً وهو هنا ضمنا مقتضى كصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير، قيد بالعرض لأن غيره لا يشترط قيامه وقت الإجازة وبها يصير الثمن في يد الفضولي أمانة، واختلف المشايخ فيما لو هلك قبلها هل يرجع المشتري عليه بمثله، والأصح أنه إن علم أنه فضولي لا يرجع وإلا رجع، كذا في «القنية» وجزم الشارح بأنه أمّانة مطلقاً قيد بقوله باع، لأنه لو اشترى لغير نقد عليه إلا إذا كان المشتري صبياً أو محجوراً عليه فيتوقف هذا إذا لم يضفه الفضولي إلى غيره، فإن أضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع: بعته لفلان توقف، والصحيح أنه يكفي في التوقف بأن يضاف في أحد الكلامين إلى فلان، كما في «البزازية».

وفي «فروق الكرابيسي» لو اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول: بعت منك بطل العقد في أصح الروايتين انتهى، وعلى هذا فالاكتفاء بالإضافة في أحد الكلامين مقيد بأن لا يضاف إلى الآخر، واعلم أن الإجازة تكون بالفعل كتسليم المبيع وأخذ الثمن وبالقول كطلب الثمن، ولو قال: أصبت أو أحسنت أو وفقت فليس بإجازة.

وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه، ....

وفي «المنتقى» لو قال: بئس ما صنعت كان إجازة كما لو وهب الثمن للمالك أو تصدق به على المشتري كان المبيع قائماً، وفي «فروق الكرابيسي» أسأت إجازة.

تتمة: فضوليان باع أمة كل من رجل فأجيز انتصفت بينهما ولكل منهما خيار الأخذ أو الترك، ولو باعها فضولي وأجرها آخر وزوجها أو وهبها وأجيزا معاً ثبت الأقوى وهو البيع ويبطل ما عداه، ولذا ثبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها أنها لأزمنة بخلاف غيرها، والإجازة أقوى من البرهان من الرهن، والبيع أقوى من الهبة، كذا في «فتح القدير» آخر الباب.

(**وصح عتق مشترٍ من غاصب بإجازة بيعه**) عندهما استحساناً، والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد، والخلاف مبني على أن بيع الفضولي لا ينعقد عند محمد في حق الحكم وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لا في الملك فيبطل، وعندهما يوجبه موقوفاً لأن الأصل إيصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاد الملك لا في توقفه ولا نسلم أن الإعتاق يحتاج إلى الملك وقت ثبوته بل وقت نفاده، والمراد بقوله ﷺ «لا عتق لابن آدم فيما لا يملك العتق»[1] وهو ثابت هنا فإنا لم نوقفه قبل الملك قيد بعتق المشتري لأن عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لأن الغصب ليس سبباً موضوعاً لإفادة الملك، وإنما ثبت الملك ضرورة أداء الضمان فيقتصر على ذلك وليس الإجازة قيد لأنه يصح أيضاً بأداء الضمان من الغاصب في الأصح، كما في «الهداية» وكذا من المشتري في الصحيح كما في «الشرح»، فلو قال: أداء الضمان لكان أولى وكذا لو قال من فضولي بدل غاصب لكان أولى لأنه لا يشترط أن يكون غاصباً لأنه لو لم يسلم المبيع فالحكم كذلك ولعله إنما ذكره لأجل البيع لأن بيع العبد قبل قبضه فاسد، كذا في «البحر».

(**لا**) يصح (**بيعه**) لبطلان عقده بالإجازة، فإن بها ثبت الملك للمشتري باتاً، والبات إذا ورد على موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماعهما على محل واحد على وجه يطرأ فيه البات وهذا القيد لا بد منه وإلا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف، وأورد ما مر من أن الغاصب لو باع ثم أدى الضمان ينفد بيعه مع أنه طرأ ملك بات على موقوف لغيره.

وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري فلم يظهر في إبطال ملكه المشترى، وهذا التقرير صريح في أن بيع المشترى من الغاصب موقوف والمصرح به في «المعراج»

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٥٨١)، والحاكم في المستدرك (٢٨٢٠) (٢/٢٢٢).

ولو قطع يده عند المشتري فأجيز فأرشه لمشتريه وتصدّق بما زاد على نصف الثمن ولو باع عبد غيره بغير أمره.........................

أنه غير موقوف لأن فائدته النفاذ ولا تحقق له وهذا معنى ما في «البدائع» من أن الفضولي إنما ينعقد بيعه موقوفاً إذا باعه لمالكه، أمّا إذا باعه لنفسه لا ينعقد وعلى هذا فقولهم في توجيه المسألة إذا طرأ ملك بات على موقوف لغيره مشكل إلا أن يقال على ما من شأنه أن يكون موقوفاً لعدم إذن المالك، وإن لم يكن موقوفاً هنا وفيه بعد ظاهر (**ولو قطعت يده**)، أي: يد العبد المومأ إليه يعتق، والقطع مثال إذ الحكم كذلك فيما لو أصابه جراحة توجب أرشاً (**عند المشتري فأجيز**)، أي البيع (**فأرشه**) أي: القطع ولا يجوز أن يعود الضمير على اليد كما هو ظاهر ما في العيني/ للزوم التأنيث [٣٩٩/ ب] حينئذ لأنها مؤنثة سماعاً (**لمشتريه**) لأن قطع اليد لا يمنع صحة الإجازة إذا لم يفت المقصود عليه بذلك، فإذا أجيز ظهر أنه قطع في ملكه فيستحق أرش اليد وعن هذا.

قلنا: لو قطعت يده والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الأرش للمشتري أيضاً، وعلى هذا كل ما يحدث منه من كسب أو ولد أو قعر بخلاف ما لو قطعت يده عند الغاصب ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الأرش له لأن الغصب لم يوضع سبباً للملك، وإنما يثبت له ضرورة على ما مر فلم يظهر في حق الزوائد، (**وتصدق**) المشتري (**بما زاد على نصف الثمن**) إن كان نصف القيمة أكثر من نصف الثمن لأن الزائد لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن، وهذا لأن الداخل فيه ما كان في مقابلة الثمن واليد من الأدنى نصفه فما زاد على نصف الثمن لم يقابله شيء فلا يطيب له.

قال في «الهداية»: وفيه شبهة عدم الملك، ووجهه أن الملك ثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك والأول أولى، لأنه لو وجب التصدق بهذا الزائد لوجب في الكل، وجعل في «الكافي» الأول فيما إذا لم يكن العبد مقبوضاً، والثاني فيما إذا كان المقبوض وأنت خبير بأن الأول كان لإثبات المطلوب في الموضعين فلا حاجة إلى الثاني.

(**ولو باع عبد غيره بغير أمره**) هذا القيد أعني عدم الأمر، وإن وقع في «الجامع الصغير» إلا أنه ليس في صورة المسألة في شيء فبرهن المشتري على إقرار البائع والبائع على إقرار المشتري، كما في «الخلاصة» وغيرها أو برهن المشتري على إقرار رب العبد أنه، أي: رب العبد لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم يقبل بينة لعدم دعواه بالتناقض، إذ الإقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة وأنه يملك البيع ودعوى الإقرار بعدم الأمر يناقضه، وقبول البينة ينبئ على صحة الدعوى، ولو لم يكن له بينة كان القول لمدعي الأمر إذ غيره متناقض فلا تصح دعواه، ولذا لم يكن

ولو أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك.........

لاستحلافه فرق بين هذا، وما في «الزيادات» من أن المشتري لو صدق المستحق على دعواه ثم برهن على إقرار البائع بأنه للمستحق يرجع بالثمن يقبل بأن المبيع هنا في يد المشتري، وفيما في «الزيادات» في يد المستحق، كذا في «الهداية». ونظر فيه بأن وضع المسألة فيها أن المبيع في يد المشتري أيضاً، ولئن سلم أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض، والأولى ما في «الفوائد الظهيرية» عن بعض المشايخ أن ما هنا محمول على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع، أمّا إذا أقامها على إقراره بعد البيع فيقبل لعدم التناقض، ومسألة الزيادات يجب أن تحمل على هذا أيضاً فلا يحتاج إلى الفرق.

قال صاحب «النهاية»: ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر، ونظر فيه في «غاية البيان» بأن التوفيق فيما هو ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر ثم ظهر له بأن قال عدول: سمعناه قبل البيع أقر بذلك، وأجاب في «البحر» بأن قولهم: إن إمكان التوفيق يمنع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعياً في نقض ما تم من جهته، فإنه في «الخلاصة» وغيرها بعدما ذكر الفرع قال: وأصله أن من سعى في نقض ما تم لا يقبل إلا في موضعين اشترى عبداً وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن تقبل، الثاني: وهب جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أو استولدها وبرهن يقبل ويستردها والعقر انتهى، ووجه الفرع الأول بأنه لما أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على إقرار البائع أنه ملك الغائب، لأن البيع إقرار من البائع بانتقال الملك إلى المشتري، والثاني: أن التناقض فيما مر من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد لا يمنع صحة الدعوى.

قال في «الفتح»: وعندي أن هذا غير صحيح لأن التناقض إنما قبل في دعوى الحرية لأنها مما قد يخفى على المتناقض بعد إقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير والاستيلاد لا يخفى عليه فعل بنفسه فيجب أن لا يقبل تناقضه، وأجاب في «البحر» بأنه إنما فعل ذلك ثم ندم وتاب إلى الله تعالى فأقر باستيلادها، **(وإن أقر البائع بذلك عند القاضي)** شر إنما قيد به لأن البينة إنما تكون حجة عند القاضي اتفاقي إذ الإقرار عند غيره كذلك كما صرح به بعضهم ص[1] **(بطل البيع إن طلب المشتري ذلك)** ش[1] لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فيبطل في حقها لا في حق رب العبد إن ادعى أنه كان، فيطالب البائع

---

(١) هذين الرمزين لم أدرِ مراد المؤلف بهما ولعله أراد بـ«ص» المصنف، وبـ«ش» الشارح. الزيلعي.

ومن باع دار غيره فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع.

باب السلم

بالثمن عندهما لأنه وكيله دون المشتري، وعند أبي يوسف له أن يطالبه فإذا أدى رجع على البائع، ولو أنكر المالك التوكيل وتصادقا عليه، فإن برهن الوكيل فيها وإلا استحلف المالك، فإن نكل لزمه لا إن حلف.

ولو غاب المالك بعد الإنكار/ وطلب البائع الفسخ فسخه القاضي، ولا يؤخره [٤٠٠/١] لحلف المالك، فإن جاء وحلف أخذ العبد، وإن نكل عاد البيع، ولو كان الغائب هو المشتري لم يأخذ العبد وللبائع أن يحلّف رب العبد أنه لم يأمره بالبيع، وإن نكل لزمه، وإن حلف ضمن البائع ونفذ بيعه، ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وبرهن على إقرار المالك أنه لم يأمره لم يقبل التناقض، ولو على إقرار مشتريه بذلك بعد موته يقبل بخلاف ما لو كان معه في الإرث آخر فادعى جحود المالك تسمع ولمشتريه أن يحلفه على نفي العلم، فإن نكل ثبت الأمر وإن حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخيّر في النصف الآخر ص.

(**ومن باع دار غيره**)، أي: عرصته بغير أمره يعني وأقبضها المشتري كما في «البناية» (**فأدخلها المشتري في بنائه**) ش قيد بها ليعلم ما إذا لم يدخلها بالأولى (**لم يضمن البائع**) ش قيمة الدار، ومعنى المسألة كما قال فخر الإسلام: أن يعترف البائع بالغصب ويكذبه المشتري لأن إقرار البائع لا يسري عليه بل لا بد من البرهان، فإذا لم يوجد كان التلف مضافاً إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع وهذا قولهما، وقال محمد: يضمن البائع وهي مسألة غصب العقار عندهما لا يتحقق، وعنده يتحقق وسيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى.

باب السلم

شروع فيما يشترط فيه قبض أحد العوضين أو قبضهما وقدم السلم على الصرف لأنه بمنزلة المفرد من المركب، وخص باسم السلم لتحقق إيجاب التسليم شرعاً فيما صدق عليه، أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف به أليق لكن لما كان وجوده في زمنه ﷺ هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له، وهو لغة: كالسلف وزناً ومعنى وأسلمت إليه: بمعنى أسلفت أيضاً، وفي «المغرب»: سلف في كذا وأسلف وأسلم إذا قدم الثمن فيه انتهى، والهمزة فيه للسلب أي أزال سلامة الدرهم بتسليمها إلى مفلس، كذا في «الدراية».

ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه وما لا فلا فيصح في المكيل والموزون المثمن..

قال في «الفتح»: وهو بعيد ولا وجه له إلا باعتبار كون المدفوع هالكاً، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توائه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء، وشرعاً كما في «النهاية» وعليه جرى الشر: أخذ عاجل بآجل، ورده في «العناية» و«الفتح» وغيرهما لصدقة على البائع بثمن مؤجل بل هو بيع عاجل بآجل، ولذا انعقد بلفظ البيع في الأصح ولم يحك في «القنية» خلافاً في انعقاد البيع والشراء بلفظ السلم، وجزم في «البحر» بأن الأول تحريف وبعده لا يخفى. لكن في «الحواشي السعدية» قال: يجوز أن يقال: المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي، إذ الأصل هو عدم التعبير إلا أن يثبت بدليل وبه اندفع ما في «البحر» من أنه تحريف، وركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وحكمه ثبوت الملك في المسلم إليه في الثمن ولرب السلم في المستلم فيه الدين الكائن في الذمة.

أمّا في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى والمؤجل المطالبة بما في الذمة وقالوا: إنَّ شرعيته على خلاف القياس لأنه بيع المعدوم، ورده ابن الغربانة على وقفه كالبيع بثمن مؤجل، وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر.

قال في «الفتح»: وحاصله مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم وليس كلامهم هذا بل هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه، وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس معتبراً في مفهوم السلم عندهم، بل هو زيادة (**ما أمكن**) أي: شيء أمكن (**ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه**) لأنه لا يقضى (**وما لا**) يمكن فيه ذلك (**فلا**) يصح السلم فيه لأنه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف، فإذا لم يكن ضبطه به يكون مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون، وعبارته في «الوافي» أفود مما هنا وأخصر حيث قال: صح ولو بلفظ البيع فيما تضبط صفته ويعرف قدره كوزن مثمن وكيلي وعددي متقارب ثم بين الفصلين فقال: (**فيصح**) السلم (**في المكيل**) كالحنطة والشعير.

وفي «القنية» أسلم زبيباً في كراء حنطة لا يجوز ثم رقم يجوز، فأبو الفضل جعل الزبيب كيلياً، وهما جعلاه وزنياً، وفي «البزازية» لو أسلم في التبن كيلاً أو وزناً جاز لأنه ليس بمكيل ولا موزون، ولا خير في السلم في الأواني المتخذة من الزجاج وفي المكسورة يجوز وزناً (**والموزون**) كالعسل والزيت غير (**المثمن**) قيد بذلك

والعددي المتقارب كالجوز والبيض........

احتراز عن إذا كان المسلم فيه ثمناً، فإنه إذا كان رأس المال كذلك كان العقد باطلاً اتفاقاً، وإن كان غيره كثوب في عشر دراهم لم يصح سلماً اتفاقاً. وهل ينعقد بيعاً في الثوب بثمن مؤجل؟ قال أبو بكر الأعمش: ينعقد، وعيسى ابن أبان: لا وهو الأصح، لأن تصحيح العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لا يوجباه إلا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب، ولم يوجباه فيه فكان في غير محله.

قال في «الفتح»: إلا أن الأول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر/ [٤٠٠/ ب] بينهما إعطاء صاحب الثوب ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من أفراد البيع بلا تأويل وفيه تصحيح تصرفهما انتهى، إلا أنه لا يتم إلا بالتزام أن أبا بكر قائل بانعقاد البيع بلفظ السلم، وألا يجوز أن يكون قائلاً يقابل الأصح من أنه لا يجوز وحينئذ فلا يتم المطلوب وفيه نظر إذ صاحب الثوب وإن أعطاه له بدراهم مؤجلة لكن على أنها مبيعة لا على أنها ثمن ليلزم أن يكون من أفراد المبيع، وذكر باقي شروط السلم قرينة على إرادة هذا المعنى فتأمل والتبر كالثمن في قياس رواية كتاب الصرف لأنه ألحقه بالمضروب وعلى قياس رواية كتاب الشركة يجوز لأنه ألحقه بالعروض، كذا في «النهاية».

ولو أسلم في المكيل وزناً روى الطحاوي عن أصحابنا أنه يجوز، وروى الحسن أنه لا يجوز وعلى هذا الخلاف، لو أسلم في الموزون كيلاً وفي «الخلاصة» والفتوى على ما رواه الطحاوي، وفتوى الإمام خالي عن رواية الحسن، كذا يصح السلم أيضاً في (**العددي والمتقارب**) عدداً وهو الذي لا يتفاوت يفضي إلى المنازعة (**كالجوز والبيض**)، وفي «الدراية»: ما ضمن مستهلكه بالمثل متقارب وبالقيمة متفاوت، وأجازه في الباذنجان والكاغد عدداً.

قال في «الفتح»: وفيه نظر ظاهر ويحمل على كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز، وكون الباذنجان مهدراً لتفاوت لعله في باذنجان ديارهم، وفي ديارنا ليس كذلك وظاهر الرواية أن بيض النعام من المتقارب، وروى الحسن عن الإمام أنه لا يجوز ادعاء لتفاوت آحاده والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس، فإن كان الغرض منه الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية، وإن كان الغرض حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية انتهى ملخصاً.

ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضاً قيد بالتقارب لأن المتفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والروس والأكارع والسفرجل لا يجوز السلم في شيء منها عدداً إلا إذا

والفلس واللبن والآجر إن سمي ملبن معلوم والذرعي كالثوب إن بيَّن الذراع والصفة.......

ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك، وكلما أجاز السلم فيه عدداً جاز كيلاً أيضاً عندنا فورياً أولى وما وقع من التخلل في الكيل بين كل نحو بيضتين مفتقراً رضا رب السلم بذلك حيث أوقع العقد على مقدار ما يملأ هذا الكيل (**والفلس**) لأنه عددي يمكن ضبطه قيل: هذا على قولهما وعند محمد لا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين لأنها أثمان، إلا أن ظاهر الرواية عنه كقولهما وهو الأصح، ولذا لم يحك في «الجامع الصغير» خلافاً، والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمناً فإذا قدما على السلم فقط تضمن إبطالهما اصطلاحهما على الثمنية بقيت على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العد، إلا أن يهدره أهل العرف كما في زماننا فإنها أثمان في زماننا ولا تقبل إلا وزناً فلا يجوز السلم فيها إلا وزناً، وقد كانت قبل هذه الأعصار عددية أيضاً، كذا في «فتح القدير»، ولقائل أن يقول لِمَ لا يجوز السلم فيها عداً بل وكيلاً كما مر، وكونها لا يتعامل بها إلا وزناً لا يمنع من السلم فيها كيلاً أو عداً فتدبره.

(**واللبن**) بكسر الموحدة وقد تخفف فتصير كحمل، كما في «المصباح» وهو الطين الني. (**والآجُرّ**) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد وهو أشهر من التخفيف (**إن سمي ملبن معلوم**) لأن آحادها لا تتفاوت بعد ذكر الأبلة، كذا قالوا وهذا تصريح أنه اسم آلة ويحتمل أن يكون اسماً لما يضرب منه اللبن، كذا في «البناية»، وفي «الجوهرة» إنما يصير اللبن معلوماً إذا ذكر طوله وعرضه وسمكه انتهى.

وشرط في «الخلاصة» ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن وفي «الذخيرة» لو باع آجره من ملبن لم يجز من غير إشارة، لأن اللبن من المعدود المتقارب في اعتبار قدره ومن المتفاوت باعتبار نضجه فاعتبر الأول في السلم للحاجة، والثاني في البيع (و) يصح السلم أيضاً في (**الذرعي**) أي: فيما يذرع (**كالثوب**) والبساط والحصير إلحاقاً لها بالمكيل والموزون بجامع الحاجة، وهي لا تختلف، وأراد به غير المخيط، أمّا المخيط فلا يجوز السلم فيها كالفراء والقلانس والخفاف، كذا في «الفتح».

(**إن بيّن**) جنس (**الذراع**) من أي جنس الذرعان قاله العيني، وفي «الهداية» المذروعات يمكن ضبطها بذكر الذرع قال في «الفتح»: أي قدره انتهى، وهذا أولى مما قاله المص لأن بيان الطول والعرض لا بد منه، وأمّا جنس الذراع فلا يلزم بيانه حتى لو شرط كذا ذراعاً، ولم يبيّن جنسه كان له ذراع وسط، واختلف المشايخ في ذلك فقيل: المراد به الاسم وقيل: المصدر يعني لا يمد ولا يرخى كل الإرخاء قال شيخ الإسلام: والصحيح أن يكون له الوسط منهما، كذا في «التتارخانية». (**والصفة**)

والصنعة لا في الحيوان وأطرافه والجلود عدداً والحطب حزماً والرطب جرزاً والجوهر

بأنه كتان أو قطن أو مركب منهما أو حرير (**والصنعة**) بأنه عمل الشام أو مصر أو زيد وإن كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من/ بيان وزنه مع ذلك جرم بالشيء وغيره وهو [٤٠١/أ] الصحيح، كما في «الظهيرية» ولو ذكر الوزن دون الزرع لا يجوز، وقيده خواهر زاده بما إذا لم يبيّن لكل ذراع ثمناً فإن بيّنه جاز كذا في «التتارخانية».

(**لا**) يصح السلم (**في الحيوان**) دابة كان أو رفيقاً لما أخرجه الحاكم والدار قطني حديث ابن عباس «نهى ﷺ عن السلف في الحيوان»[١] وقال صحيح الإسناد ولأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً في المعاني الباطلة ولا سيما في بني آدم من العقل والأخلاق والمروءة ويدخل فيه جميع أجناسه حتى الحمام والقمري والعصافير هو المنصوص عن محمد رحمه الله تعالى، إلا أنه يخص من عمومه السمك فإن السلم فيه جائز كما سيأتي (**و**) لا في (**أطرافه**) كالرأس والأكارع المتفاوت الفاحش قيل: هذا قول الإمام وعندهما يجوز، وقيل: لا يجوز اتفاقاً، وفي «الفتح» وعندي أنه لا بأس بالسلم في الرؤوس والأكارع وزناً بعد ذكر النوع وباقي الشروط فإن الأكارع والرؤوس من جنس واحد وحينئذ لا تتفاوت تفاوتاً فاحشاً انتهى.

وفي «السراج» لو أسلم فيه وزناً اختلفوا فيه (**و**) لا في (**الجلود عدداً**) للتفاوت الفاحش إلا إذا بيّن ضرباً معلوماً من طول وعرض وصفة معلومة من الجودة والرداءة بعد ذكر النوع كجلود البقر والغنم، كذا في الأديم كطائفي وبرغالي فيصح قال الشر: وكذا الورق ولو كانا بياعين وزناً جاز السلم فيهما وزناً (**و**) لا في (**الحطب حزماً**) بضم الحاء وفتح الزاي جمع حزمة، وليس المراد عدم جوازه أصلاً بل المراد لا يجوز بها العد لكونه مجهولاً إلا إذا بيّن ما تشد به الحزمة شبراً أو ذراعاً فيجوز، ولو قدر بالوزن جاز أيضاً، في ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الإسلام فيه وزناً وهو أضبط وأطيب، كذا في «فتح القدير».

(**و**) لا في (**الرطبة**)، وهي البرسيم رطباً كان أو يابساً قاله العيني، وفي «الصحاح» الرطبة: القصب خاصة ما دام رطباً والجمع رطبان (**جزراً**) بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جزرة الحزمة من الرطبة حال منتظرة كحزماً لما قلنا حتى لو بيّن الصفة والوزن جاز أيضاً، وفي «الذخيرة» وأمّا الرياحين الرطبة والبقول والقصب والخشب والحشيش فهذه لم تكن مثلية فلا يجوز فيها السلم، ولا بأس به في الجزوع إذا بين ضرباً معلوماً والطول والعرض والغلظ، وكذا الساج وصنوف العيدان وفي

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٨) (٣/ ٧١)، والحاكم في المستدرك (٢٣٤١) (٢/ ٦٥).

والخرز والمنقطع والسمك الطري وصح وزناً لو مالحاً واللحم..................

«الشامل» ويجوز في ....[1] لأنه يباع وزناً (و) لا في (**الجوهر**) كالياقوت والبلخش والفيروزج (**والخرز**) بالتحريك الذي ينظم، وخرزات الملك جواهر تاجه وكان إذا ملك عاماً زيدت في تاجه خرزة ليعلم عدد سنين ملكه، قاله الجوهري: وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت آحادها تفاوتاً فاحشاً وكذلك لا يجوز في اللآلئ الكبار ويجوز في الصغار وزناً لعدم ذلك.

(و) لا يجوز أيضاً في (**المنقطع**) حين العقد أو المحل بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول، والفتح مكان التسليم وحكى ثعلب فيه الكسر أيضاً أو ما بينهما، فإن وجد في الأوقات الثلاثة صح، ولو انقطع بعد الحل قبل التسليم لا يبطل إلا أن يخيره رب السلم بين الفسخ وانتظار وجوده ثم الانقطاع الذي يفسد العقد إلا في السوق الذي يوجد فيه، وإن كان يوجد في البيوت، ولو انقطع في إقليم دون آخر لا يصح في الإقليم الذي لا يوجد فيه، كذا في «الفتح».

(و) غيره لا يجوز أيضاً في (**السمك الطري**) يعني في بلد ينقطع فيها في الشتاء وكان السلم فيه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيها، أو أسلم في الصيف وكان منتهى الأجل لا يبلغ الشتاء جاز وزناً لا عدداً وهذا معنى قول محمد: لا خير في السمك الطري إلا في جنبه، وطعن بعضهم عليه بأن الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع فإن الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد لبرد ما ذكر. وفي «الفتح»: لو أسلم في طري حي قلنا: إنَّ تمنع جوازه (و) صح السلم (**وزناً لو**) كان السمك (**مالحاً**) لعدم انقطاعه، وفي «الإيضاح» الصحيح جوازه في الصغار كيلاً أيضاً، وفي الكبار روايتان وفي «المغرب» يقال: سمك مليح ومملوح ولا يقال: مالح إلا في لغة رديئة قال بعضهم لكن قال الشاعر:

بصرية تزوجت بصرياً أطعمها المالح والطريا

وكفى بذلك حجة للفقهاء، وهذا الاستدراك غير مفيد إذ ما أنشده لا ينافي ما في «المغرب» على ابن دريد قال: لا التفات إلى قول الراجز لأنه مولد لا يؤخذ بلغته.

(و) لا يصح أيضاً في (**اللحم**) عند الإمام ولو منزوع العظم في أصح الروايتين لاختلافه باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي إلى المنازعة وجوازه فيه إذا وصف منه موضعاً معلوماً بصفة معلومة بعد أن بين جنسه وسنه وقدره جاز، وفي «العيون» على قولهما وقيل: لا خلاف بينهم فمنع الإمام فيما إذا أطلقا السلم وتجويزهما فيما إذا بينا ما ذكرنا، والأصح أن الخلاف ثابت حتى لا يجوز عنده ولو بينا ما هو ولا خلاف

---

(١) بياض في الأصل.

ومكيال أو ذراع لم يدر قدره وبر قرية وتمر نخلة بعينه........................

بينهم في جوازه في الألية والشحم. وأمّا لحم/ الطير فيجوز عند الكل لأن ما فيه في [٤٠١/ ب] العظم يعتبره الناس وهو الصحيح، فإذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً وجب أن يعين الموضع بعد كونه بعظم، فإن من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول: أوراكاً أو غير الصدر أو ينص على صدرها وأوراكها، فإن أطلق وقال من لحم الدجاج السمين وجب أن لا يجوز للمنازعة باختلاف أغراض الناس كذا في «الفتح»، وفي «الظهيرية» وإقراض اللحم عندهما يجوز كالسلم، وعن الإمام روايتان وهو مضمون بالقيمة في ضمان العدوان إذا كان مطبوخاً بالإجماع، وإن كان نيأ فكذلك هو الصحيح.

(و) لا يصح أيضاً (**بمكيال**) معين (**أو ذراع**) كذلك وقوله: (**لم يدر قدره**) قيد فيهما لأنه يحتمل هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء، وأفاد أنه لو عرف قدره جاز لضبط المقدار، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً، فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه، كذا عن أبي يوسف، كما في «الهداية» قاله الشر، وهذا لا يستقيم في السلم لأنه إذا كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيف ما كان، وإن كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره؟ والتجويز في قرب الماء وإنما يستقيم هذا في البيع إذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بإناء لا يصرف قدره ويشترط في ذلك الإنائأن لا ينكبس ولا ينبسط ويفيد فيه استثناء قرب الماء انتهى. وعلى ما في «الهداية» جرى الحدادي، ولم يتعقبه في «فتح القدير» بل أقره وهذا لأنه إذا أسلم في مقدار هذا الوعاء برأ وقد عرف أنه ونبه مثلاً جاز، غير أنه إذا كان ينقبض وينبسط لا يجوز، لأنه يؤدي إلى النزاع وقت التسليم في الكبس وعدمه وقول الشر إنه لا يتعين مع بقاء عينه ممنوع نعم هلاكه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد، ولم أرَ من أوضح هذا فتدبره والله الموفق.

(و) لا يجوز أيضاً في (**بر قرية**) بعينها كالمحلة والمنصورة مثلاً بمصر، (**أو تمر نخلة بعينه**) لأنه قد يعتريهما آفة فتنتفي قدرة التسليم وإلى ذلك الإشارة بقوله عليه الصلاة والسلام «أرأيت إن منع الله الثمرة فبمَ يستحل أحدكم مال أخيه»[١] وتعيين البستان كتعين النخلة قيد بالقرية لأنه لو عين حنطة إقليم كالصعيدية

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٥٨) (٢/٤٣).

وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والأجل وأقله شهر........................

والعراقية والشامية صح، إذ لا يتوهم انقطاع الحنطة ثمة، ولو كانت النسبة إلى القرية لبيان النوع بأن كان له نظير فلا بأس به. وفي «شرح الطحاوي» لو أسلم في حنطة جديدة أو ذرة جديدة لم يجز لأنه لا يدري أن يكون في تلك السنة شيء أو لا، والتعليل بما في «شرح الطحاوي» أولاً إذ مقتضى هذا أنه لو عين جديد إقليم كجديدة في الصعيد مثلاً أن يصح إذ لا يتوهم عدم طلوع شيء فيه أصلاً، ومقتضى ما في «شرح الطحاوي» الفساد مطلقاً وعلى هذا فما يكتب في وثيقة السلم من قوله جديد عامه مفسد له، ولكن ينبغي حمله على ما إذا كان قبل وجود الجديد.

أمّا بعده فيصح على ما يشير إليه التعليل نبه عليه في «البحر»، (**وشرطه**) أي: شرط جوازه (**بيان جنسه**) نبه بذلك على أن الكلام في الشروط التي يحتاج إلى بيانها في العقد فلا يرد أن له شروطاً أخرى سكت عنها المص لأن تلك لا يشترط ذكرها بل وجودها وبيان الجنس كحنطة أو شعير من مثله بصعيدية أو بحرية فقد وهم بل ذلك ما أشار إليه بقوله: (**والنوع**) ومنه أيضاً سقيه أي مستقيه وهي ما تسقى سيحاً، وكذا نجسية وهي ما تسقى بالمطر النجس لأنها منجوسة الخط من الماء بالنسبة إلى السيح غالباً.

وفي «الخلاصة» وبيان النوع فيما لا نوع له لا يشترط انتهى، (**والصفة**) كجيد وسط مشعر سالم من الشعير (**والقدر**) كعشرة أرادب أو أرطال أو عدداً وهذه الأربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فكل ما يجوز كونه مسلماً فيه يجوز كونه رأس السلم، ولا ينعكس لأن النقود تكون رأس مال فقط (**والأجل**) والأصل في هذه الخمسة قوله ﷺ: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1] وباقي الخمسة يثبت بالدلالة لظهور إرادة الضبط المنافي للمنازعة، ولمّا اختلف في مقداره، فروى الطحاوي عن أصحابنا اعتباره بشرط الخيار وقيل: أكثر من نصف يوم فيه على ما هو المذهب فيه بقوله: (**وأقله شهر**)، روى عن محمد وبه يفتى لأن ما دونه مؤجل والشهر وما فوقه أجل، وذكر الشهيد في طريقته المطولة الصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه.

قال في «الفتح»: وهو جدير بأن لا يصح لأنه ضابط تحقق فيه، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٦)، ومالك في الموطأ (١٥٤٣).

وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود ومكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة من الأشياء.........

مثله كل هذا تفتح فيه المنازعة بخلاف المقدار المعين في الزمان، وما في «البحر» من أنه جدير بأن يصحح/ ويعول عليه فقط لأن من الأشياء ما لا يمكن تحصيله في [٤٠٢/أ] شهر فيؤدي التقديرية إلى عدم حصول المقصود منه الأجل، وهو القدرة على تحصيله مدفوع بأن الشهر أدناه لا أنه أقصاه ليتم ما ادعاه.

(و) بيان (**قدر رأس المال**) إذا تعلق العقد بمقداره، كما (**في المكيل والموزون والمعدود**) المتقارب ولم يقيده به حالة ما مر هذا قول الإمام، وقالا: لا يحتاج إلى ذلك حيث كان معيناً لأنه صار معلوماً بالإشارة، وله ما روي عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس ولأنه ربما ظهر فيه زيوفاً فيختار الاستبدال به ورده وربما كان أكثر في النصف، فإذا استبدل ورده في المجلس فسد السلم عنده لأنه لا يرى الاستبدال في أكثر من النصف خلافاً لهما، وقد لا يتفق الرد في مجلس العقد فينفسخ العقد في مقدار المردود، فإذا لم يكن القدر معلوماً لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي فيه فيصير المسلم فيه مجهول المقدار.

ومن فروع المسألة أسلمه مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لأنه ينقسم عليهما باعتبار القيمة، وهي إنما تعرف بالحذر فلا يصح بخلاف المزروع لأن الزرع وصف فلا يتعلق العقد بمقداره (**ومكان الإيفاء**) أي: إيفاء المسلم فيه (**فيما له حمل من الأشياء**) بفتح الحاء، أي: نقل ما يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال وهذا عند الإمام، وقالا: لا يحتاج إلى بيانه ويسلمه في موضع العقد لأنه مكان الالتزام فتعين الإيفاء ما التزمه كموضع القرض والاستهلاك، وله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والاستهلاك، وله أن التسليم وإذا لم يتعين بقي مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الأماكن، فلا بد من البيان دفعاً للمنازعة فصار كجهالة الصفة وعن هذا قال بعضهم: إنَّ الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده.

وقيل: لا يوجبه والقول للمسلم إليه لأنه ليس من مقتضيات العقد كالأجل، وعندهما يوجبه لأنه في مقضياته، وعلى هذا الخلاف الاختلاف في الثمن والأجرة والقسمة بأن اشترى أو استأجر داراً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة أو اقتسماها لو أخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم بمقابلة الزائد بمكيل أو موزون كذلك إلى أجل فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء وهو الصحيح، وعندهما لا يشترط ثم إذا عين

وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وقبض رأس المال قبل الافتراق.........

مصراً جازا هذا إذا لم يبلغ نواحيه فرسخاً، فإن بلغته فلا بدَّ في بيان ناحية منه، ولو شرط أن يوفيه إلى منزله جاز استحساناً.

ولو شرط الحمل إلى منزله قيل: يجوز وقيل: لا يجوز ولو مكاناً وشرط أن يحمله إلى منزله لا يجوز وفي «البزازية» شرط الإيفاء خاصة أو الحمل خاصة الإيفاء بعد الحمل جائز لا اشتراط الإيفاء بعد الإيفاء على قول عامة المشايخ كشرط أن يوفيه في محلة كذا ثم يوفيه في منزله، ولو شرط الإيفاء أو الحمل لم يجز، وفي بعض الفرائد شرط الحمل بعد الحمل لا يصح لأن الحمل لا يوجب الملك لرب السلم فكما شرط الحمل ثانياً صار كشرطه مرة وكذلك الإيفاء بعد الحمل والإيفاء بعد الإيفاء، ولما شرط ذلك صار الإيفاء الأول منفسخاً.

وفي «الصحيح» اشترى طعاماً من جنسه واشترط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالإجماع كيف ما كان، ولو شرط أن يوفيه إلى مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضاً، ولا يجوز له أخذ الكراء، وإن شاء رده إليه ليسلمه إليه في المكان المشروط لأنه حقه، وفي «القنية» لقي رب السلم المسلم إليه بعد حلول الأجل في غير البلد الذي شرط الإيفاء فيه فله مطالبته بالمسلم فيه إن كانت قيمته في ذلك المكان بمثل قيمته في المكان المشروط أو دونه لأن شرط المكان في حق رب السلم دفعاً لمونة الحمل قال رضي الله تعالى عنه.

وأفتى بعض مفتي زماننا بأنه لا يتمكن من مطالبته لأن تعيين المكان حق المسلم إليه دفعاً لمونة الحمل وهذا الجواب أحب إلي، إلا في موضع الضرورة وهو أن يقيم المسلم إليه في بلد آخر فيعجز رب السلم عن استيفاء حقه ثم قال: هدانا الله تعالى إلى الرواية المنصوصة **(وما لا حمل له)** قد مر ما له بيان ما له حمل ومونة ومنه يعلم ما لم يكن له حمل ولا مونة وقيل: هو الذي لو أمر إنساناً بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجاناً وقيل: ما يمكن رفعه بيدٍ واحدة كالمسك والزعفران يعني القليل منه وإلا فقد يسلم في أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالاً لا **(يوفيه حيث شاء)**، نبه بذلك على أنه لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء وهذا الإجماع وعلى أن مكان العقد لا يتعين وقيل: يتعين والأول أصح ،كذا في «الهداية» وصح في «المحيط» الثاني.

قال في «الفتح»: ومعناه إذا كان مما يتأتى التسليم فيه وما لا يتأتى فيه ذلك بأن أسلمه درهماً في مركب من البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يجب فيها منه، ولو عين مكاناً قيل: لا يتعين لأنه لا يفيد وقيل: يتعين لأنه يفيد سقوط خطر/ الطريق وهو الأصح **(وقبض رأس المال قبل الافتراق)** هذا ظاهر في أنه [٤٠٢/ب]

....

شرط للانعقاد لكنه قول البعض والأصح أنه شرط البقاء على الصحة وإطلاقه يعم ما لو كان عيناً أيضاً لأنه إذا كان نقداً يلزم من عدم قبضه قبل الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه.

وأمّا إذا كان عيناً فاشتراط القبض جواب الاستحسان إعمالاً لمقتضى الاسم الشرعي، وفي «الواقعات» باع عبداً بثوب موصوف إلى أجل جاز لوجود شرط السلم، فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد لأنه يعتبر مسلماً في حق الثوب بيعاً في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض، وكما في قول المولى: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر وأراد بالافتراق الافتراق بالأبدان حتى لو مكثا إلى الليل أو سارا فرسخاً أو قام أحدهما أو قاما لم يكن فرقة، ولو دخل الدار لإخراج الدراهم إن توارى عن المسلم إليه بطل وإلا لا، وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس المال، كما في «البزازية» فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحال عليه أو الكفيل قبل افتراق العاقدين صح وإلا لا، وبطلت الحوالة والكفالة وأما الرهن فإن لم يهلك فكذلك قبل الافتراق وكانت قيمته مثل رأس المال أو أكثر تم العقد وإن كانت أقل تم بقدره وبطل في الباقي، وكذا الحكم في بدل الصرف، كذا في «البدائع».

وفي «الخلاصة» لو أبى المسلم إليه قبض رأس المال أجبر عليه ودل كلامه أنه لا يثبت فيه خيار شرط، فإن وجد فيه أبطله، فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يد المسلم إليه صح وإن هالكاً لا يتقلب صحيحاً، كذا في «البزازية».

قالوا: ولا يثبت في المسلم فيه خيار العيب ويثبتان في رأس المال إذا كان عيناً تتميم: بقي من الشرائط أن يكون رأس المال منقوداً عنده كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجله إعلام قدره، كذا في «الفتح»، وفي «الغاية» إن اشتراطه للاحتراز عن الفساد لأنه إذا رد بعضه بعيب الزيافة ولم ينفق الاستبدال في مجلس الرد انفسخ العقد بقدر المردود. قال في «البحر»: يشكل على هذا قولهم في تعليل الإمام أن الإشارة إلى رأس المال لا تكفي لاحتمال أن يجد البعض زيوفاً فيحتاج إلى الرد ولا يتسر الاستبدال إلا بعد المجلس فإن هذا يقتضي عدم اشتراط الانتقاد أولاً انتهى. وأنت قد علمت أن اشتراطه لدفع توهم الفساد وهذا القدر ثابت مع بيان المقدار أيضاً، والموهوم هنا كالمتحقق وأن لا يشتمل البدلين إحدى علتي الربا لأن انفراد أحدهما يحرم النساء والقدرة على تحصيل المسلم فيه فلا يصح المسلم في المنقطع كما مر.

والحاصل أن الشرائط سبعة عشر قيل ستة منها في رأس المال وفيه نظر إذ قد علمت أن بيان الجنس والنوع والصفة والقدر مما يشتركان فيه، أمّا قبض رأس المال

فإن أسلم مائتي درهم في كرّ برّ مائة ديناً عليه ومائة نقداً فالسلم في الدين باطل..........

وكون الدراهم منقدة فخاصان برأس المال، وأمّا بيان الأجل وقدره ومكان الإيفاء فيما لو حمل وإلا ينقطع وأن يكون مضبوطاً بالوصف أن يكون العقد باتاً وأن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا فمن شرائط المسلم فيه خاصة، كما في «الغاية» وإذا عرف هذا فقول صاحب «الهداية» وغير وجملة الشروط جعلوها في قولهم:

إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله

وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله غير واف بحملتها إذ الإعلام في رأس المال والمسلم فيه وإن كان يعلم الجنس والنوع والصفة والقدر وبالقدرة على تحصيله بأن لا يكون منقطعاً فهو اثنا عشر لكن بقي كما قد علمت كون رأس المال مما يتعين بالتعيين فلا يجوز بالنقود وأن لا يكون حيواناً وانعقاد رأس المال إذا كان نقداً عند الإمام وأن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا وعدم الخيار (**فإن أسلم مائتي درهم في كرّ برّ**) تفريع على اشتراط قبض رأس المال، والكُرّ بضم الكاف وتشديد الراء ستون قفيزاً وقيل: أربعون والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف (**مائة**) نصب على الحال.

وقوله: (**ديناً عليه**) صفة كمائة (**ومائة نقداً**) أي: منقودة صفة لمائة الثانية قال العيني: ويجوز أن يكون بدلاً من مائتي، وفي عامة النسخ دين أي منها مائة دين ومنها مائة منقودة (**فالسلم في الدين**)، أي في حصة الدين (**باطل**) لافتراقهما عن دين بدين وليس المعنى أنه انعقد باطلاً في حصة الدين بل صحيح والمفسد طارئ عليه بافتراقهما فلم يسر الفساد إلى حصة المائة الثانية ولذا قلنا: لو نقد الكل قيل الافتراق صح والتقييد بإضافة العقد إليهما ليس احترازياً لأنه لو أضافه إلى مائتين مطلقاً ثم جعل المائة قصاصاً بما في ذمته من الدين فالحكم كذلك في الأصح قيد بكونها ديناً عليه له لا لو قال: والمائة التي لي على فلان فسد العقد في الكل وإن نقد الكل لاشتراط تسليم بعض الثمن على غير العاقد، ويكون الدين من جنس النقد لأنه لو أنقده عشرة/ [١/٤٠٣] دنانير والمائة التي له عليه فسد في الكل أيضاً لجهالة ما يخص حصة النقد عند الإمام خلافاً لهما بناء على مسألة إعلام رأس المال.

ومعنى قوله: مائة دينار أن يجعلها من رأس مال السلم حتى لو لم يجعلها من رأس مال السلم ففيه تفصيل نبه عليه في «البدائع» حيث قال: لو وجب على المسلم إليه دين مثل رأس المال، فإمّا أن يجب بالعقد أو بالقبض فإن كان الأول بأن كان له عليه عشرة ثمن ثوب لم يقبضها حتى أسلم إليه عشرة في كر فإن تراضيا بالقاصة صارت قصاصاً إلا أن أبى أحدهما، وإن كان الثاني كالغصب والقرض صار قصاصاً

ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية فإن تقايلا السلم لم يشتر من المسلم إليه برأس المال شيئاً..........

جعلاه أولاً بعد أن كان وجوب الدين متأخراً عن العقد، ولو تفاضل الدينان وإلى أحدهما القصاص فالعبرة لصاحب الأكثر والمقاصة بدل الصرف على هذا انتهى. وأمّا المقاصة بالمسلم فيه بدين على رب السلم فإن وجب بقبض مضمون كالغصب والقرض صار قصاصاً إن كان قبل العقد، وإن بعده فجعله قصاصاً جاز، ولو وجب بالعقد لم يصر قصاصاً إن كان قبل العقد وإن بعده فجعله قصاصاً جاز، ولو وجب بالعقد لم يصر قصاصاً تقدم أو تأخر ولو كان عند رب السلم وديعة فجعله المسلم إليه قصاصاً لم يكن قصاصاً إلا أن يكون بحضرتهما أو يخلي بينهما وبينه ولا يصير المغصوب قصاصاً لم يكن قصاصاً إلا أن يكون بحضرتهما أو يخلى بينهما إذا كان مثل المسلم فيه، فإن كان أجود أو أردئ فلا بد من رضاهما، كذا في «الإيضاح».

(**ولا يصح التصرف في رأس المال و**) لا في (**المسلم فيه قبل القبض**)، أمّا الأول فلما فيه من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق، وأمّا الثاني فلأنه بيع منقول، وقد مر أن التصرف فيه قبل القبض لا يجوز، وفي «المبسوط» لو أبرأ رب السلم المسلم إليه عن طعام السلم صح إبراؤه في ظاهر الرواية، وروى الحسن أنه لا يصح ما لم يقبل المسلّم إليه فإن قبله كان فسخاً لعقد السلم، ولو أبرأ المسلم إليه رب السلم من رأس المال وقيل: الإبراء يبطل السلم وإن رده لا والفرق أن المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال.

وفي «الظهيرية»: وهب رب السلم المسلم إليه عن طعام السلم كان أقله ولزمه رد رأس المال إذا قيل وهذا لا يرد على الإطلاق، وفي «الصغرى» إقالة بعض السلم وإبقاؤه في البعض جائز (**بشركة**) بأن يقول رب المال لغيره: أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك (**وتولية**) بأن يقول: أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه ليكون المسلم فيه لك ودل كلامه على منع المرابحة بالأولى وقيل: تجوز التولية والمرابحة.

وجزم به في «الحاوي» والمذهب الإطلاق قيد بما قبل القبض لأن كلاً من الشركة والتولية والمرابحة والوضعية بعده جائز، (**فإن تقايلا السلم لم يشترِ**) رب السلم (**من المسلم إليه شيئاً برأس المال**)، أي: قبل قبضه لرواية الدارقطني «من أسلم في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله»[1] قيد بالسلم لأن بدل الصرف بعد

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع (٣/ ٤٥).

ولو اشترى المسلم إليه كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح، وصح لو قرضاً أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل ولو أمره ربُّ السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع ولو أسلم أمة في كر وقبضت الأمة فتقايلا فماتت أو ماتت قبل الإقالة بقي وصح..

إقالته يجوز له أن يشتري منه ما شاء ببدله ويجب قبض بدله في المجلس بخلاف السلم لأن تعيين بدل الصرف لا يحصل بالقبض لما أنه يجوز له التصرف فيه ولا كذلك السلم.

(**ولو اشترى المسلم إليه**) في (**كرٍ**) من الحنطة (**وأمر**) المشتري (**رب السلم بقبضه قضاء**) أي: لأجل القضاء مما عليه (**لم يصح**) أمره به حتى لو هلك بعد ذلك من مال المسلم إليه وللمسلم أن يطالبه بحقه لأنه اجتمع صفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، صاع البائع المشتري والموزون والمعدود إذا اشتراه بشرط العد كالمكيل وقيل: في المعدود روايتان، (**وصح لو**) كان الكر (**قرضاً**) لأنه إعارة فكان المقبوض عين حقه تقديراً فلم يكن استبدالاً (**أو أمره**) أي: أمر المسلم إليه رب السلم (**بقبضه له**) أي: للمسلم إليه بأن يكيل له (**ثم لنفسه**) بأن يعيد الكيل ثانياً (**ففعل**) صح أمره بقبضه قضاء مما عليه، (**ولو أمره**)، أي: أمر (**رب السلم**) المسلم إليه (**أن يكيله في ظرفه**) أي: في وعاء رب السلم (**ففعل**) المسلم إليه (**وهو**) أي: والحال أن رب السلم (**غائب لم يكن قضاء**) للمسلم فيه لأن حقه الذي في الذمة لا يملك إلا بالقبض فلا يصادق أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيراً للظرف فيجعل ملكه فيه، وإطلاقه يعم ما لو كان فيه طعام على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضاً (**بخلاف المبيع**) إذا أمر المشتري البائع أن يكيله في ظرفه وهو غائب حيث يكون قابضاً لأن ملكه بالشراء فصح أمره، وأورد أنه لو وكل البائع بالقبض صريحاً لم يصح فعدم الصحة هنا أولى.

وأجيب بأنه لما صح أمره لكونه مالكاً صار وكيلاً له ضرورة وكم من شيء يثبت ضمناً لا قصداً، (**ولو أسلم أمة في كر**) حاصل هذه المسألة والتي بعدها، الفرق بين/ الإقالة في السلم والبيع بالثمن ففي السلم يجوز الإقالة قبل هلاك الجارية وبعد بخلاف البيع (**وقبضت الأمة**) قيد بذلك لأنهما لو تفرقا لا عن قبضها لم تصح الإقالة لعدم صحة السلم (**فتقايلا**) عقد السلم (**ثم ماتت**) الأمة قبل قبض رب السلم (**أو ماتت قبل الإقالة بقي**) عقد الإقالة في الأولى، (**وصح**) في الثاني يعني بعد موتها لأن حصتها تعتمد بقاء العقد وهو ببقاء المبيع إلى أن يقبض ولا شك في وجوده في [٤٠٣/ب]

وعليه قيمتها وعكسها شراؤها بألف والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف والأجل........

الذمة فهلاك الأمة وعدمه لا يعدم المسلم فيه، وإذا صحت انفسخ في الجارية (و) كان (**عليه قيمتها**) يوم القبض لعجزه عن رد عينها (**وعكسها**) أي: عكس مسألة السلم (**شراؤها**) أي: الأمة (**بألف**)، فإن الأمة لو ماتت بعد الإقالة قبل القبض بطلت أو تقايلا بعد موتها لم تصح لأن هلاك المبيع قبل القبض يبطلها ولا صحة له بعد هلاكه، ولو كان المبيع مقابضة بقيت الإقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقياً لأن كلاً منهما بيع من وجه.

وفي الصرف تصح الإقالة على كل حال لأن المعقود عليه فيه ما وجب لكل منهما في ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه فظهر بما ذكرنا أن قيام الثمن ولو معيناً ليس شرطاً في صحتها إلا إذا أبرأه منه فلا يصح، كما في «القنية» لبطلان السلم كما مر وفيها اشترى أيضاً مع زرعها فأدرك الزرع في يده ثم تقايلا لا تجوز الإقالة لأن العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة.

ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الإقالة في الأرض بحصتها من الثمن، ولو اشترى أرضاً فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الإقالة بجميع الثمن ولا شيء للبائع في قيمة الأشجار وتسليم الأشجار للمشتري هذا إذا علم البائع بقطع الأشجار، فإن لم يعلم به وقتها يخير إن شاء أخذها بجميع الثمن فإن شاء ترك (**القول لمدعي الرداءة**) هذا صادق بما إذا قال أحدهما: شرطنا ردياً فقال الآخر: لم نشرط شيئاً وبما إذا ادعى الآخر اشتراط الجودة وقال الآخر: إنما شرطنا ردياً والمراد الأول ولذا أردفه بقوله لا لنا في الوصف ولإفادة أن الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما: شرطنا جيداً وقال الآخر: لم نشرط شيئاً فالحكم كذلك، وبه اندفع ما في «البحر» (**والتأجيل**) بأن قال أحدهما شرطاً آجلاً ونفاه الآخر (**لا لنا في الوصف والأجل**). قال في «القاموس»: الأجل غاية الوقت في الموت وحلول الدين ومدة الشيء والجمع أجال والتأجيل تحديد الأجل انتهى. والتحديد بمعنى التقدير ولو اختلفا في مقداره فالقول للطالب وينبغي فيتعين أن يكون التأجيل بمعنى الأجل مجازاً بدليل الثاني، كذا في «البحر».

وأقول: لا نسلم أنه يتعين ما ادعاه بل المناسب لوضع المسألة أن يكون الأجل بمعنى التأجيل حتى لو اختلفا في تحديده بأن قال أحدهما: أجلناه إلى هبوب وقال الآخر: إلى شهر فالقول لمدعي التحديد. وأمّا ما ذكره فليس من المسألة في شيء فتدبره، واعلم أن الأصل هنا أنهما إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما

وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم وله الخيار إذا رآه..............

مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول لمدعي الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال الإمام قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد، وإن كان خصمه هو المنكر وقالا القول للمنكر وإن أنكر الصحة وعليه تخرج الزرع، فإذا ادعى المسلم إليه الوصف أو رد السلم الأجل ونفاه الآخر كان القول له اتفاقاً، وفي العكس القول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر قيد باختلاف في أصل التأجيل، لأنهما لو اختلفا في مقدار فالقول لمدعي الأقل مع يمينه إلا أن يبرهن مدعي الأكثر، وإن أقاماها فبينة مثبت الزيادة أولى، ولو في مضيه فالقول للمسلم إليه مع يمينه إلا أن يبرهن الآخر، ولو برهنا فبينة المطلوب أولى هنا والاختلاف في مقدار الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر بخلاف الصفة لأن الوصف جار مجرى الأصل.

وفي «الخلاصة» أنكر الطلاق أن يكون الثوب جيداً فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصفة فإن قالا: إنّه جيد أجبر على القبول وهو أجود والواحد يكفي، ولو اختلفا في السلم يتحالفان استحساناً ويبدأ بيمين المطلوب عند الثاني، وقال محمد: بيمين الطالب، وإن رهن أحدهما قضي له ولو برهن فبينه رب السلم أولى ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف والمسألة على ثلاثة أوجه بينتها في «فتح القدير»، (**وصح السلم والاستصناع**) وهو طلب عمل الصنعة (**في نحو خف وطست وقمقم**).

[٤٠٤/أ] أمّا السلم فلإمكان ضبط صفته، فأما الاستصناع بأن يقول اعمل/ خفاً طوله كذا وعرضه كذا أو طستاً زنته كذا يسع كذا على هيئة كذا بكذا دفع له الثمن أو لا فيقبل الآخر فهو استحسان للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من له ﷺ إلى اليوم بلا نكير، وهو بهذه الصفة يندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»[1] (**وله الخيار إذا رآه**) أي: المصنوع له فيه إيماء إلى أنه معاقدة لا مواعدة كما قال أخاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة والأول هو قول العامة وهو الصحيح، لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان ولا يجزيان في المواعدة وأثبت له الخيار معللاً بأنه اشترى ما لم يره وأورد أن بيع المعدوم لا يصح. وأجيب بأنه اعتبر موجوداً حكماً كناسي التسمية عند الذبح للعامل، وجزم في «الهداية» بأن العقود عليه العين دون العمل ولذا لو جاء به ...[2] من صنعته أو من صنعته قبل العقد وأخذه جاز، وأورد أن بطلان بموت الصانع ينافي كونه بيعاً.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الفتن (٣٩٥٠).

(٢) بياض في الأصل.

وللصانع بيعه قبل أن يراه ومؤجله سلم.

باب المتفرقات

صح بيع الكلب...

وأجيب بأنه إنما بطل بموته لشبهة بالإجارة، وفي «الذخيرة» هو إجارة ابتداء بيع انتهى. فكن قبل التسليم وأورد بأنه لو انعقد إجارة لأجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى. وأجيب بأنه إنما لم يجبر لأنه لا يملكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه والإجارة تفسخ بهذا العذر، ألا ترى أن الزراع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته؟ وكذا رب الأرض وفي قصر الخيار عليه إيماء إلى أنه لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح، (**وللصانع بيعه قبل أن يراه**) أي: المستصنع لأنه لا يتعين إلا باختياره قيل بقوله قبل أن يراه، لأنه لو رآه ورضي به امتنع عليه بيعه (**ومؤجله سلم**) عند الإمام وقصراه على ما لا يتعامل فيه، فإن كان فيه تعامل كان استصناعاً ويحمل الأجل فيه على الاستعجال وله أنه دين يحتمل السلم فحمل عليه وهو أولى لثبوته بالأصول الثلاثة.

وأمّا الاستصناع فقد علمت أن جوازه للتعامل وأراد بالأجل ما مر وهو شهر فإن لم يصلح كان استصناعاً إن جرى فيه تعامل وإلا ففاسد إن ذكره على وجه الاستمهال وإن للاستعمال بأن قال: على أن أفرغه غداً أو بعد كان صحيحاً ثم إذا كان سلماً اشترط فيه شرائط السلم في القبض قبل الافتراق وعدم الخيار ونحو ذلك مما مر. وفي «القنية» دفع مصحفاً ليذهبه من عنده وأبرأه الذهب أنموذجاً من الأعشار والأخماس ورؤوس الآي وأوائل الصور فأراد رب المصحف أن يذهبه كذلك بأجرة معلومة لا يصح انتهى، وكأنه لعدم التعامل والله الموفق بمنه.

مسائل منثورة

نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هنا (**صح بيع الكلب**) أطلقه في «الأصل» وعليه جرى المص والقدوري فعم المعلم والعقور سواء قلنا بنجاسة عنه أو بطهارته لأنها إنما تمنع حرمة أكله لا تمنع بيعه، وأما عدم جواز بيع الخمر فلنص...[1] وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها»[2] ونص في «نوادر هشام» عن محمد على جواز بيع العقور وتضمين القاتل قيمته، واختار السرخسي عدم جواز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم قال: وهو الصحيح من

---

(١) بياض في الأصل. (٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٧٩)، ومالك في الموطأ (١٥٤٣).

والفهد والسباع والطيور والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير..........

المذهب وهكذا نقول في الأسد، أمّا الفهد والبازي فيقبلان التعليم فيجوز بيعها على كل حال انتهى. قال في «الفتح»: فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشره لا يقبل تعليماً، وفي بيع القرد روايتان والصحيح الجواز، وفي «التجنيس» وهو المختار لأنه يمكن الانتفاع بجلده، وحمل ابن وهبان رواية الجواز على ما إذا كان يحفظ دكانه وعدمه على ما إذا كان يلعب به، ورده ابن الشحنة بأن علة الجواز حيث كانت للانتفاع بجلده لم يختلف الحكم بين ما إذا كان يلعب به أو لا. لكن صحح في «البدائع» عدم الجواز لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للتلهي به وهو حرام وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده وعظمه يجوز بيعه، ولذا أعطف عليه بقوله **(والفهد والسباع)** بسائر أنواعها فدخلت الهرة لأنها تصاد الفأرة والهوام المؤذية **(والطيور)** إلا الخنزير فلا يجوز بيعه إذ لا ينتفع بشيء من أجزائه وعن قال أبو الليث: يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها لا إن لم ينتفع بها، كذا في «الفتح».

لكن في «البدائع» وهذا غير سديد لأن المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع وقالوا: يجوز بيع الفيل إجماعاً لأنه ينتفع به للحمل والركوب والدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين، وفي «التجنيس» المختار للفتوى بيع لحم المذبوح من السباع وكذا الكلب والحمار لأنه/ طاهر ينتفع به في طعام سنورة بخلاف لحم الخنزير المذبوح. [٤٠٤/ب]

فرع في بيوع الأجناس

لا ينبغي لأحد أن يتخذ كلباً في داره إلا أن يخاف من لصوص أو غيره فلا بأس أن يتخذه، وكذلك الأسد والفهد والضبع وجميع السباع بمنزلة الكلب في جميع ذلك، أما اقتناؤه للصيد وحراسته الماشية والزرع فيجوز بالإجماع، **(والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير)** لأنه مكلف محتاج فكل ما جاز للمسلم من البياعات يجوز له وما فلا إلا الخمر والخنزير فإن عقده فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة، قال في «إيضاح الإصلاح»: والتي هتفت أو جرحت في غير موضع الذبح وذبائح المجوس كالخنزير فالمستثنى غير مختص بهما كما يفهم من «الهداية» انتهى.

أقول: ولا هو مختص بما ذكره لأن الكافر لو اشترى مسلماً أو مصحفاً أو شقصاً منهما أجبر على بيعه، ولو كان المشتري صغيراً أجبر وليه، ولو لم يكن له ولي أقام القاضي له ولياً كذا في «السراج» وينبغي أن عقد الصغير في هذا لا يتوقف

ولو قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى........

على الإجازة، وجوابه في «البحر» عما في «الإيضاح» بأنه في «البزازية» إنما ذكر جواز بيع المجوسي ذبيحة أو ما هو عنده كالذبح والخنق من كافر عن أبي يوسف وظاهره جواز قالا بخلافه ممنوع لجواز أن يكون بنسبته إليه لأنه هو المخرج له، ولا قول لهما فيه وقد التزم مثله في طلاق «فتح القدير» والمعنى يشهد له لأن ما ذكر لا ينزل عن مرتبة الخنزير إذا ذبحه الذمي ولا كلام أنّا لا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم وفيهما بيع متروك التسمية عمداً من كافر لا يجوز، وما في «الملتقط» كل شيء منع منه المسلم امتنع منه الذمي إلا الخمر والخنزير يرد عليه أنه لا يمنع من لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم، وفي كلامه إيماء إلى أن الذمي لا يحد بشرب الخمر وأنها ترد عليه إذا غصبت ويضمن متلفها بالإراقة إلا أن يظهر بيعها بين المسلمين أو يكون المتلف إماماً يرى ذلك.

قيل: وينبغي أن يكون إظهار شربها كإظهار بيعها، وفي حدود «البزازية» ويمنع الذمي عما يمنع منه المسلم إلا شرب الخمر فإن غنوا وضربوا العيدان منعوا كالمسلمين لأنه لم يستثن عنهم انتهى، وفي «السراج» اشترى الذمي عبداً مسلماً جاز وأجبر على بيعه صغيراً كان المالك أو كبيراً ويجبر ولي الصغير على بيعه، فإن لم يكن له ولي أقام القاضي له ولياً، وكذا إذا اشترى مصحفاً لأنه يستبدل العبد بالخدمة ويخاف منه إتلاف المصحف بما لا يحل انتهى. قال في «البحر»: ولم أرَ حكم وقف الكافر مصحفاً.

وأقول: تعليله في «السراج» جبره على البيع وفيه إيماء إلى أنه ليس قربة عندهم فلا يصح وقفه وهذا لأن ما يتقرب إيقافه لا يخشى إتلافه بما لا يحل كحرق ونحوه، ثم قال في «السراج»: وكذا إذا أسلم عبداً لذمي ولو أعتقه جاز ولو دبره أو كانت أمة فاستولدها سعياً في قيمتها ويوجع ضرباً بوطء المسلمة، ولو كاتبها جازت المكاتبة فإن عجزت أجبر على بيعها، وكذا إذا ملك شقصاً من مسلم لأنه يملك استخدامه بالمهايأة انتهى. وقال في «إيضاح الكرماني»: لو باعه من كافر أجبر على رده والبائع على بيعه.

فرع حسن: قال في «المحيط»: من خيار الشرط الفاسق المسلم إذا اشترى عبد أمرد وكان في عادته اتباع المرد أجبر على بيعه رفعاً للفساد انتهى، بلفظه ولو استقرض الكافر خمراً فأسلم المقرض سقطت الخمر لتعذر قبضها فصار كهلاكها مستنداً لمعنى فيها، وإن أسلم المستقرض فعن الإمام سقوطها وعنه أن عليها قيمتها وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته.

(ولو قال) لغيره: **(بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة)** مثلاً **(سوى**

الألف فباع صح بألف وبطل الضمان، وإن زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده..........................

الألف فباع) العبد من زيد يعني بإيجاب وقبول، وما في «النهاية» فيقول صاحب العبد: بعت وقوله بعت: جواباً للكل ولو لم يكن إباء ولا مساومة ولكن إيجاب العبد بألف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك استحساناً، أما ضمانه بعد الإباء والمساومة فيصح قياساً واستحساناً انتهى، يفيد أن قوله: بعت هو الإيجاب فيحتاج إلى القبول، وفي بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول استحساناً فكذا هذا.

قال في «الفتح»: وما في «النهاية» هو الصواب لأن لفظة الأمر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر انتهى، يعني أنه مر أنها لا تكون من المشتري فكيف بالأجنبي؟! فلذا كان ما في بعض الشروح خطأ (**صح**) البيع (**بألف وبطل الضمان**) أي: ضمان المائة لأنها حيث لم تكن من الثمن كانت التزام مال ابتداء يعطيه إيّاه وهذه رشوة إذا لم يقابل بالمبيع، (**وإن زاد**) بعد قوله مائة (**من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن**) لأنه أضاف التزامه زيادة في الثمن إلى بيعه وهي جائزة.

[٤٠٥/أ] ولو من الأجنبي والضمان جائز الإضافة، فإن كان بأمر المشتري/ كان للبائع حبس المبيع حتى يأخذه من الضامن، وللمشتري أن يرابح على ألف ومائة ولو كان داراً أخذها الشفيع كذلك، ولو رد بعيب أو تقايلا رد البائع الزيادة على الضامن، ولو كان بغير أمره لم يثبت في حق المشتري فلا يحبس المبيع عليها ويرابح على ألف والشفيع كذلك، ولو تقايلا أو رد المبيع بعيب بالتراضي كان للأجنبي أن يستردها قيد بقوله سوى الألف لأنه لو حذفه كان كفيلاً بمائة من الثمن ولا يثبت الزيادة وبكونها في العقد لأنها بعد العقد لا تجوز إلا بإجازة المشتري أو يعطي الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها إلى نفسه، وإن زاد بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء ولا يظهر في حق الشفيع، كذا في «الشرح».

(**ووطء زوج**) الأمة (**المشتراة قبض**) لأنه حصل بتسليط من المشتري فصار منسوباً إليه، ودلت المسألة على أن تزويجها قبل قبضها صحيح بخلاف البيع لأنه يفسد بالغرور وبخلاف النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك والنكاح لا ينفسخ به حتى لو لم يطأها الزوج حتى ماتت وجب المهر للمشتري، كذا في «النهاية».

(**لا**) يكون (**عقده**) قبضاً استحساناً، والقياس أن يكون قبضاً لأنه تعيب حكمي، ألا ترى أنه لو وجد المشتراة مزوجة يردها بالعيب؟ وجه الاستحسان أنه لم

ومن اشترى عبداً فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع وإلا بيع بدينه..

يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج فعل تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر وأورد على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يصير بهما قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي.

وأجيب بأن القابض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه إنهاء للملك، ومن ضرورة أنها للملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لأن به يثبت حق الحرية للمدبر، ولو انتقض البيع بعد ما زوجها قبل القبض بطل النكاح وفي قول أبي يوسف وهو المختار خلافاً لمحمد، وقيد القاضي الإمام بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما إذا يكن بالموت حتى لو ماتت بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح، وإن بطل البيع ويجب المهر للمشتري، (**ومن اشترى عبداً**) أراد به المنقول، أمّا العقار فلا يبيعه القاضي كما في «النهاية» وغيرها (**فغاب**)، أي: المشتري قبل القبض وهذا القيد لا بد منه حتى لو غاب بعد القبض لا يبيعه القاضي لأن حقه غير متعلق بماليته بل بذمة المشتري، وقيده في «جامع الفصولين» بما إذا لم يخف عليه التلف، فإن خيف جاز له البيع حيث قال للقاضي: إيداع مال غائب ومفقود وله إقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم انتهى.

والذي ينبغي أن يقال: إن خوف التلف يجوز للبيع علم مكانه أو لا وقدمنا نحوه في خيار الشرط فارجع إليه، (**فبرهن البائع على بيعه**) من الغائب وأنه لم ينقد إليه الثمن (**وغيبته معروفة**) بأن كانت البلدة التي خرج إليها معروفة وإن بعدت (**لم يبع بدين البائع**) لأنه يتوصل إلى حقه بالذهاب إليه (**وإلا**)، أي: فإن لم تكن غيبته بأن لن يدرِ مكانه (**بيع**) العبد (**بدينه**) لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقرَّ به مشغولاً لحقه فإذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه وهذا البيع منه ليس لهذا البرهان الذي أقامه لأنه لا يقام لإثبات الدين على الغائب، بل فائدته إنما هي كشف الحال ليجيبه إلى البيع نظراً للغائب، فإن لم يوفِ به اتبع البائع المشتري فيما بقي وفي «جامع الفصولين» باع دابة ولا يوقف على المشتري فللحاكم أن يأذن في بيعها فيأخذ ثمنه من ثمنها، ولو كان في جنسه، ولو أذن أن يؤاجرها ويعلفها من أجرها جاز، وهو ظاهر في أن إذن القاضي للبائع في البيع كان يعني بعد البرهان على البيع والغيبة وهل للقاضي أن يبيعه بعرض؟ لم أره في كلامهم وظاهر قولهم فيأخذ ثمنه من ثمنها لو كان من جنسه يفيد أن للمأذون أن يبيع بخلاف جني الثمن فالقاضي أولى، كذا في «البحر». وأنت خبير بأن هذا البيع ليس إلا للحاجة إلى إيفاء

ولو غاب أحد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان..........

الثمن وحيث لم يوفَ منه فينبغي أن لا يجوز، وظاهر كلامهم في أنه لو باعه غير القاضي ومأذونه كان بيع فضولي، فإن سلمه المشتري كان كل منهما غاصباً ولم أرَ ما لو كان البيع مقايضة، وأرى أن القاضي يفسخ البيع بينهما حيث كانت غيبته غير معروفة إذ لا أثر لبيع القاضي له فتدبره، ثم في «جامع الفصولين» أيضاً استأجر إبلاً إلى مكة ذاهباً وجائياً ودفع الكراء ومات رب الدابة في الذهاب حتى انفسخت الإجارة، فإذا أتى مكة ورفع الأمر إلى القاضي فرأى أن يبيع الدابة ويدفع بعض الأجر إلى المستأجر جاز وللمستأجر أن يركبها إلى مكة ولا يضمن وعليه الكراء إلى مكة.

ولو غاب الراهن غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر إلى القاضي حتى يبيع الرهن بدينه/ فإنه ينبغي أن يجوز، ولو مات ولم يعلم وارث فباع القاضي داره جاز، ولو علم بموت الوارث جاز ويكون حفظاً ألا ترى أنه لو باع الآبق يجوز؟ انتهى. [٤٠٥/ب]

(**ولو غاب أحد المشتريين**) قبل دفع الثمن وقبض المبيع بحيث لم يدر مكانه (**فللحاضر دفع كل الثمن**)، ويجبر البائع على قبول حصة الغائب وعلى دفع كل المبيع إليه وهو المراد بقوله (**وقبضه**)، أي: قبض كل المبيع (**وحبسه**) أي: المبيع (**حتى ينقد شريكه**) الثمن، ولو بقي درهم عندهما وقال أبو يوسف: ليس له الحبس لأنه قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعاً فلا يرجع وإذا لم يكن له قَبضَ حصته ولهما أنه مضطر في دفع حصة الغائب لأنه لا يمكنه الانتفاع بملكه إلا بأداء الجميع والمضطر يرجع وله حق الحبس. قيد بالمشتريين لأن أحد المستأجرين لو غاب قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعاً لأنه غير مضطر إذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة، ذكره التمرتاشي وينبغي أن يقال: إذ يشترط تعجيل الأجرة.

(**ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما**)، أي: الذهب والفضة (**نصفان**) فيجب عليه خمسمائة مثقال من كل منهما لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما نصفه ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها، بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير حيث لا يشترط بيان الصفة وينصرف إلى الجياد قيد بالمثقال لأنه لو قال بألف من الذهب والفضة أو بألف من الدراهم والدنانير كان عليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم فضة لأنه المتعارف من الدراهم فينصرف إليه، كذا في «المبسوط»، وكذا عند الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون والمعدود والمذروع قضاء أو سلماً أو غصباً أو وديعة أو مهراً أو وصية أو كفالة أو جعلاً في خلع، ومنه ما لو قال: كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث

....

من كل. واعلم أن كون اسم الدراهم ينصرف إلى الفضة محله ما إذا كان هو المتعارف في بلد العقد وفي عرف مصر لفظ الدراهم إلا أن ينصرف إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه نقل أو خف يسمونه نصف فضة، كذا في «الفتح».

قال في «البحر»: وعلى هذا لو شرط بعض الواقفين بمصر للمستحق دراهم ولم يقيدها ينصرف إلى الفلوس النحاس، وأمّا إذا قيدها بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغشمشية فينصرف إلى الفضة لما في «المغرب» النقرة القطعة المذابة من الفضة أو الذهب، ويقال: نقرة فضة على الإضافة للبيان، وفي «المصباح» النقرة: القطعة المذابة من الفضة وقيل الذوب هي تبر انتهى، ولا يخفى أن كون الدراهم تنصرف إلى الفلوس في شروط الواقفين في مصر مطلقاً أخذاً مما في «الفتح» فيه نظر إذ غاية ما فيه الإحالة على زمنه ولا يلزم منه أن يكون كل زمن كذلك، والذي ينبغي أن لا يعدل عنه اعتبار زمن الواقف إن عرف، فإن لم يعرف صرف إلى الفضة لأنه الأصل.

وأمّا قيمة كل درهم منها فقال في «البحر»: بعدما أعاد المسألة في الصرف قد وقع الاشتباه في أنها خالصة أو مغشوشة وكنت استفتيت بعض المالكية عنها يعني به علامة زمانه ناصر الدين اللقاني فأفتى بأنه سمع ممن يوثق بأن الدرهم منها يساوي نصفاً وثلاثة من الفلوس قال: فليعول على ذلك ما لم يوجد خلافه، وقد اعتبر ذلك في زماننا لأن الأدنى متيقن به وما زاد عليه فهو مشكوك فيه، ولكن الأوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما في «جامع الفصولين» من دعوى النقرة لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد، فلو ادعت مائة درهم وجب لها مائة وسط انتهى، فينبغي أن يعول عليه انتهى.

ورأيت في فتاوى بعض الشافعية أن قيمته باعتبار المعاملة الآن بنصف وثلث، وأنت قد علمت بأن القيمة تختلف باختلاف الأزمان ولا شك في اختلاف أزمنة الواقفين فينبغي اعتبار زمن الواقف والله الموفق، ثم رأيت رسالة للإمام الحافظ المقريري سماها «شذور العقود في ذكر النقود»، وأن الملك الكامل ناصر الدين بن العادل بن أيوب في ذي القعدة سنة اثنتين وعشرين وست مائة أمر بضرب دراهم مستديرة وجعل الدرهم منها ثلاثة ثلثيه من فضة خالصة وثلثه من نحاس فاستمر بذلك بمصر والشام مدة أيام بني أيوب فلما انقرضوا وقامت مماليكهم الأتراك من بعدهم أبقوا سائر شعائرهم وأبقوا بهم في جميع أحوالهم، وأقروا نقدهم على حاله

وإن قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء........................

من أجل أنهم كانوا يفتخرون بالانتماء إليهم. فلمّا ولي الملك الظاهر بيبرس البنقداري الصالحي النجمي ضرب دراهم ظاهرية وجعلها من سبعين درهماً فضة خالصة وثلاثين نحاساً فلم تزل الكاملية والظاهرية بمصر إلى أن فسدت في سنة/ [٤٠٦/أ] إحدى وثمانين وسبعمائة بدخول الدراهم الحموية فكثر تعنت الناس فيها، وكان ذلك في إمارة الظاهر برقوق فلما تسلطن أكثر من ضرب الفلوس وأبطل ضرب الدراهم إلى أن قدم الملك المؤيد شيخ من الشام في رمضان سنة عشر وثمان مائة فوصل مع العسكر وأتباعهم من الدراهم البندقية والبندروزية فتعامل الناس بها وحسن موقعها، فضربت الدراهم المؤيدية في شوال فتعامل الناس بها انتهى، وعلى هذا فقيمة الدرهم في الشيخونية والصرغشمشية ونحوهما نصفان، وهذا النقل هو المعول عليه دون غيره والله أعلم.

(**وإن قضى زيف**) وهو ما زيفه بيت المال، أي رده (**عن**) دراهم (**جيد**) كانت عليه (**وتلف**) بأن هلك أو استهلكه في الإنفاق، وما في «البحر» قيد بتلفها ليعم حكم ما لو أتلفها بالأولى فيه وهذا عندهما، وقال أبو يوسف: له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد والخلاف مقيد بما إذا لم يعلم رب الدين بذلك حين القبض، فإن علم ورضي بذلك (**كان قضاء**) اتفاقاً ولو قال له: أنفقها، فإن لم ترد فردها علي كان له أن يردها استحساناً ولو قال البائع للمشتري حين أراد المبيع بعيب: بعه فإن لم يسترده فعرضه على البيع بطل خياره، والفرق أن المقبوض إذا لم يتجوز به بقي على ملك الدافع فصح أمره في التصرف فيه، أما العين فهي ملكه تصرفه فيها لنفسه فبطل خياره لهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال به كالصرف جاز، فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بعد الهلاك، وله أن حقه في الوصف مرعي كهو في الأصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه وجب المصير لما قلنا، وكون الجودة لا يمكن تداركها ممنوع هل ممكن بما ذكرنا لو وجدها ستوقة أو نبهرجة فهلكت، فإنه يرد مثلها اتفاقاً، فإن قالا: الستوقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضياً بالزيف وهن هذا قال فخر الإسلام: ما قالاه قياس وما قاله استحساناً.

وفي «إيضاح الإصلاح»: قول محمد الأول مع الإمام، وقوله الآخر مع أبي يوسف وفي «الحقائق» نقلاً عن «العيون» ما قاله أبو يوسف حسن دفعاً للضرر فاخترناه للفتوى، وفي رهن «الجوهرة» علم لها قبل الإنفاق وأخذ بدلها كان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف، ولو كان له درهم فأعطاه درهمين صغيرين وزنهما

وإن أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه..........

درهم جاز، ويجبر على القبض ولو كان له دينار فأعطاه دينارين وزنهما دينار لم يجبر. وفي «النهاية» عن «الأجناس» اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد قال أبو حنيفة: لا يحنث، وقال أبو يوسف: يحنث انتهى، ولعل وجه قوله إن المتبادر من حلفه أنه اشترى بجياد أنه أنقد منها إلا أنه عقد عليها فقط كما هو وجه قول الإمام، وفي صرف «الذخيرة» قال الإمام: والثاني لا بأس ببيع المغشوش إذا بين أو كان ظاهراً يرى وقال في رجل معه وضية نحاس: لا يبيعها حتى يبين ولا بأس أن يشتري سوقة إذا بين وأرى أن للسلطان أن يكسرها لعلها تقع في أيدي من لا يبين وكل شيء لا يجوز فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه.

(**وإن أفرخ طير**) أي: أخرج فرخه من بيضة (**أو باض أو تكنس ظبي**)، قال في «المغرب»: كنس الظبي دخل في الكناس كنوساً من باب طلب، وتكنس مثله ومنه الصيد إذا تكنس (**في أرض رجل**) أي: استتر، ويروى تكسر وانكسر انتهى. وفي «المصباح» الكناسة بالكسر بيته وفي الفتح تكسر أي: وقع فيها فتكسر وتحرز به عما لو كسره رجل فيها (**فإنه**) لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الأرض في أرض رجل أو في داره أو من أخذه لأنّه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد، وإن كان يؤخذ بلا حيلة، والصيد (**لمن أخذه**)، كما في الحديث والبيض أصل الصيد ملحق به وجواب المسألة مقيدة بقيدين، أن لا يكون صاحب الأرض هيأ أرضه لذلك، فإن هيأها له كان له لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد، ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد لا يملكه؟ وعلى هذا لو دخل صيد داره أو وقع النثار في ثوبه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه، وإن لم يهيئ أرضه لذلك لأنه من إنزالها، والثاني: أن يكون بعيداً من الصيد، فإن قرب منه بحيث يقدر على أخذه كان لصاحب الأرض لأنه صار آخذاً له بتقدير التمكنة من الأخذ حقيقة، كذا في «شرح الطحاوي» و«الذخيرة».

وفي «فتح القدير»: وهو ظاهر في أن غيره لو أخذه بأن سبقت يده إليه لا يملكه، وبه صرح في «المنتقى» حيث قال: لو نصب حباله فوقع فيها صيداً فاضطرب وأقفلت فأخذه غيره فهو له جاء صاحب الحبالة ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر عليه أخذه انفلت فأخذه غيره فهو لصاحب الحبالة، والفرق أن صاحب الحبالة فيهما وإن صار آخذاً له إلا أنه/ في الأول بطل الأخذ قبل توكده، وفي الثاني بعد تأكده وكذلك صيد البازي والكلب إذا انفلت فهو على هذا التفصيل. [٤٠٦/ ب]

وفي «الأصل»: إذا رمى صيداً فصرعه فاشتد رجل فأخذه فهو لمن رماه لأنه لما

رماه صار آخذاً له فصار ملكاً، ولو أثخن صيداً بحيث لا يستطيع براحاً فقتله آخر فالصيد للأول، وإن كان يطير مع أصحابه من السهم الأول فرماه الثاني فقتله فهو أحق به، ولو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله أرض رجل أو داره كان لصاحب الكلب، وكذا لو اشتد على صيد حتى أخرجه فأدخله دار إنسان فهو له.

قال في «الفتح»: ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة فدخل الماء والسمك ملكه، ولو اتخذها لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له، وكذا في حفر الحفيرة إن حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فللآخذ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فانبل بالمطر فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء فهو لصاحبه وإلا فالماء للآخذ (**ما يبطل بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقه بالشرط البيع**) لأن مبادلة مال بمال وكل ما كان كذلك لا يصح تعليقه بالشرط، وأيضاً التعليق بالشرط لا يجوز فيما هو في التمليكات، ويجوز فيما هو من الإسقاطات أو من الإطلاق والولايات أطلق الشرط وهو مقيد، كما في الشرط بأن يكون بكلمة إن كان يقول: بعت منك هذا إن كان كذا فيبطل البيع سواء كان الشرط نافعاً أو ضاراً إلا في صورة واحدة هي أن يقول: بعت منك هذا إن رضي فلان به فيجوز إذا كان وقته بثلاثة أيام لأن اشتراط الخيار للأجنبي جائز.

أقول: وهذا يفيد أن المعلق إنما هو لزوم البيع برضى فلان وفي «جامع الفصولين» لو قال: بعت منك بكذا إن شئت فقال: قبلت تم البيع انتهى. قال الشر: وإن بكلمة على فإن كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر وجرى التعامل به كما إذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل والخيار لا يفسد، ويجوز الشرط وكذا لو اشترى النعل على أن يحذوه البائع وإن انتفى ذلك فإن كان فيه منفعة لأهل الاستحقاق فسد وإلا فلا.

وفي «جامع الفصولين» تعليق القبول بالبيع بعدما أوجب الآخر، كما إذا قال: إن أديت ثمن هذا فقد بعت منك يصح البيع استحساناً إن دفع الثمن إليه، وقيل: هذا خلاف ظاهر الرواية والصحيح أنه لا يجوز انتهى. وفي بيوع «الذخيرة» اشترى حطباً في قرية شراء صحيحاً وقال: موصولاً بالشراء من غير شرط في الشراء أحمله إلى منزلي لا يفسد العقد لأنه ليس بشرط في البيع بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده.

قال في «البحر»: وعلى هذا لو استأجر أرضاً للزراعة ثم قال بعد تمامها: إن الحرث على المستأجر لا يفسد انتهى. والذي ينبغي حمل ما في «الذخيرة» على

والقسمة والإجارة والإجازة........

إحدى الروايتين مع أنهما لو ألحقا به شرطاً فاسداً لا يلحق وعلى أنه لا يلحق هي مجرد وعد لا يلزم الوفاء به والله الموفق.

(**القسمة**) لأن فيها معنى المبادلة فصارت كالبيع فإذا قسموا التركة عيناً وديناً وشرطوا أن يكون الدين لأحدهم والعين للباقين فسدت، قال العيني: فهو رهن تعليقها بالشرط بأن اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضى فلان فهذا فاسد أيضاً، فإن قلت: مقتضى ما مر قريباً منه لو وقته أعني رضي فلان بثلاثة أيام أن يصح كالبيع ويكون اشتراطاً للخيار فيها، وقد مر في المنظوم أنه يدخل فيها.

قلت: دخوله فيها ليس مطلقاً بل فيه تفصيل نبه عليه الولوالجي حيث قال: وأما خيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة لا جبر فيها على الآبي وهو القسمة في الأجناس المختلفة، وأمّا في قسمة يجبر الآبي عليها كالقسمة في ذوات الأمثال في الجنس الواحد فإنه لا يثبت انتهى. وذكر لفسادها بالشرط فروع فلتراجع (**والإجارة**) لأن فيها تمليك المنفعة والأجرة، فإذا أجّره داره على أن يطينها أو مرمها أو إدخال جذع فيها على المستأجر فسدت، وكذا لو استأجر حانوتاً احترق على أن يعمره ويحسب ما ينفقه من الأجرة لأن اشتراط العمارة على المستأجر يفسد العقد فعليه أجر المثل وله ما أنفقه، ومن صور فسادها ما لو قال: على أن تردها على مكروية أطلقه في «الكافي»، والصحيح أنه إن شرطه في المدة فسدت وإلا بأن قال: أجرتك بكذا على أن تكريها بعد المدة فتردها مكرية لا يفسد، وإن قال: على أن تكريها في المدة فهي فاسدة، كذا في «الولوالجية» وصورة تعليقها ما لو أجرها له إن قدم زيد.

أقول: ويستثنى من تعليقها مسألة في «العمادية» هي ما لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك داري هذه بكذا فإنه يجوز، وإن كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول الفقيه أبي الليث وأبي بكر الإسكافي واختاره صاحب «المحيط» وقال الصفار: لا تصلح للتعليق وعليه إطلاق المص وصرحوا بأنه لو قال الغاصب داره فرغها وإلا فأجر كل شهر كذا فسكت ولم يفرغ وجب المسمى.

قال في «البحر»: وهذا/ ينبغي أن يستثنى من عدم صحة تعليقها فإن في هذه [٤٠٧/أ] الصورة تعليقاً بعدم التفريغ، (**والإجازة**) بالمعجمة بأن باع فضولي عبده فقال أجزته بشرط أن تقرضني أو يهدى إلي أو علق إجازته بشرط لأن الإجازة بيع معنى قاله العيني، وهذا يفيد أن ال في الإجازة بدل عن المضاف إليه.

ولذا قال في «الدرر»: والبيع وإجازته إلا أن الظاهر عدم قصرها على ذلك بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط لا يصح تعليق إجازته ويدل على ذلك ما في

والرجعة والصلح عن مال........................

«البزازية» وتعليق الإجازة بالشرط باطل كقوله: إن زاد فلان في الثمن فقد أجرت، ولو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت: أجزت إن رضيت أمي بطلت الإجازة إذ التعليق يبطل الإجازة اعتباراً بابتداء العقد (**والرجعة**) بأن قال لمطلقته الرجعية: راجعتك على أن تقرضيني كذا، وإن قدم زيد لأنها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه وكما لا يجوز تعليق ابتدائه، فكذا لا يجوز تعليقها أيضاً كذا ذكر العيني.

قال في «البحر»: وهو سهو ظاهر وخطأ صريح فسيأتي قريباً أن النكاح لا يبطل الشرط الفاسد، فكيف يصح أن يقال: إنها تبطل الشرط الفاسد؟ وأصل النكاح لا يبطل به والمذكور في «الظهيرية» و«التتارخانية» و«الجوهرة» و«البدائع» أنه لا يصح تعليقها بالشرط والمص لم ينفرد بذلك بل جرى على ذلك في «الخلاصة» و«البزازية» و«العمادية» وابن قاضي سماونة و«فتح القدير» ولم أرَ أحداً نبه على ذلك وقد كنت توقفت في تخطئة هؤلاء ثم جزمت بها، وكان يجب أن تذكر الرجعة مع النكاح في القسم الثاني، ومما يدل على بطلان قول المص ومن وافقه ما في «البدائع» من الرجعة أنها تصح مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح، ولو بطلت بالشرط الفاسد لما صحت مع الهزل لأن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة، وما لا يصح تبطله الشروط الفاسدة كما ذكره الأصوليون في بحث الهزل انتهى.

وأقول: أما كون ما قاله العيني سهو وخطأ فممنوع إن ما ذكره من التوجيه مأخوذ مما في «الشرح» وهو توجيه صحيح لعدم صحة تعليقها كما أن النكاح كذلك، وأمّا بطلانها بالشرط فمسكوت عن توجيهه وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط لم يبق الشأن إلا في السبب الداعي للتفرقة بينها وبين النكاح وكأنه لأنها فارقته كما مر في أنه لا يشترط لها شهود ولا يجب بها عوض مالي ولا أن يراجع الأمة على الحرة التي تزوجها بعد طلاقها، وتبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح (**والصلح عن مال**) بمال لأنه معاوضة مال بمال، كذا في «السراج» وهذا يقتضي تخصيص المسألة بما إذا كان بيعاً، وقرر في الصلح بأنه إنما يكون إذا كان عن مال بمال على خلاف الجنس، وإن كان على جنسه فإن كان أقل من المدعى به كان خطأ وإبراء، وإن بمثله كان قبضاً واستيفاء وإن بأكثر منه كان ربا انتهى، وأراد بالبيع ما يعم الصرف، وكذا لو كان المدعى به ذهباً أو فضة فصالحه على جنسه لم يجز إلا مثلاً بمثل، واشترط التقابض، وإن على خلاف جنسه جاز التفاضل واشترط التقابض أيضاً إلا أن

والإبراء عن الدين وعزل الوكيل........................

الظاهر هو الإطلاق حتى لو كان عن سكوت أو إنكار كان فداء في حق المنكر كما سيأتي، ولا يجوز تعليقه.

وفي «البزازية» عليه ألف صالحه على مائة إلى شهر وعلى مائتين إن لم يعطه إلى شهر لا يصح لجهالة المحطوط لأنه على تقدير الإعطاء تسعمائة وعلى تقدير عدمه ثمان مائة انتهى، وهذا يؤيد الإطلاق **(والإبراء عن الدين)** لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الإسقاط، ويكون معتبراً بالتمليكات فلا يجوز تعليقه، ومن فروع المسألة ما في «المبسوط» قال الطالب لمديونه: إن حلفت فأنت بريء كان باطلاً لأن هذا تعليق البراءة بخطر وهي لا تحتمل التعليق، ويستثنى من ذلك ما إذا علقه بالموت لإخراجه مخرج الوصية وعلى ذلك تفرع ما في «الخانية» قال لمديونه: إذا مت فأنت بريء من الدين جاز وتكون وصية من الطالب.

ولو قال: إن مت يعني بفتح التاء فأنت بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهذا مخاطرة كقوله: إن دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك لا يبرأ ولو قالت المريضة لزوجها: إن مت من مرضي هذا فأنت في حل من مهري فماتت كان مهرها عليه انتهى. وكان ينبغي أن يقال: إن أجازه الورثة يصح لأن المانع من صحة الوصية كونه وارثاً ويستثنى أيضاً ما إذا علقه بأمر كائن كقوله: إن كانت الشمس طالعة فأنت بريء من الدين لقولهم: إن التعليق تنجيز ويشهد له في «البزازية» قال لمديونه: دفعت إلى فلان فقال: إن كنت دفعت إليه فقد أبرأتك صح لأنه تعليق بأمر كائن انتهى، وما إذا كان الشرط متعارفاً ومنه ما في «القنية» أبرأته مطلقته بشرط الإمهار صح التعليق لأنه متعارف، وتعليق الإبراء بشرط متعارف جائز فإن قبل الإمهار وهو أن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوات الإمهار الصحيح، ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة لا يبرأ بدون الشرط.

واعلم أنه سيأتي في الصلح أنه لو كان له عليه ألف فقال: أدِّ إليَّ غداً نصفه على أنك بريء من الفضل / ففعل برئ، ولو قال: إن أو إذا أو متى أديت لا يصح [٤٠٧/ب] وفرق الشر بينهما بأنه في الأول لم يعلق البراءة بصريح الشرط وإنما أتى بالتقييد، وفي الثاني بصريحه وهي لا تحتمل التعليق بالشرط وبقية تفاريعها ستأتي إن شاء الله تعالى.

(وعزل الوكيل) به بأن قال لوكيله: عزلتك على أن تهدي إلي شيئاً أو إن قدم زيد علل الشر بأنه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه وهذا أعني عدم جواز تعليقه بالشرط هو إحدى الروايتين وفي رواية السرخسي يجوز، قال في «البحر»: وعندي أن

والاعتكاف والمزارعة والمعاملة..........................

كونه يبطل بالشرط الفاسد خطأ وأنه يجب أن يذكر في القسم الثاني لأنه إنما يبطل به ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق انتهى.

أقول: وما مر من الأصل الثاني يؤيد ما قاله السرخسي **(والاعتكاف)** أي: إيجابه كقوله: علي أن أعتكف إن شفى الله مريضي، وإن قدم زيد وهذا ينافي ما مر في الاعتكاف من صحة تعليق المنذور منه بل في «الخانية» ما يفيد الإجماع عليه حيث قال: أجمعوا على أن النذر لو كان معلقاً بأن قال إن قدم غائبي أو شفى الله مريضي فلله علي أن أعتكف شهراً فعجل شهراً قبل ذلك لم يجز.

وفي «القنية» قال: لله علي اعتكاف شهر إن دخلت الدار ثم دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا، وإذا صح تعليقه يبطل بالشرط الفاسد قال في «جامع الفصولين»: ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطل بالشرط الفاسد، كذا في «البحر» وفيه هذا هو الموضع الثالث مما أخطؤوا فيه في بيان ما لا يصح تعليقه، والخطأ هنا أقبح من الأولين وأفحش لكثر الصرائح بصحة تعليقه والعجب من كونهم تداولوا هذه العبارات متوناً وشروحاً وفتاوى ولم ينبهوا على ما اشتملت عليه من الخطأ، ولا عيب بذلك على المذهب لأن ضابطه محمد بن الحسن لم يذكر جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط، وما يصح على هذا الوجه ويرحم الله صاحب «الهداية» لم يلتفت إلى جمع هذه الأشياء وهو دليل على كمال ضبطه ولو حذفها المص لكان أولى.

وأقول: تعقبه بعض أهل العصر بأن ما هنا في تعليق الاعتكاف لا في تعليق النذر فيه وهو مردود بما في هبة «النهاية» جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر موضعاً وعد منها تعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط، ويمكن أن يجاب عنه بأن يكون معناه ما إذا قال: أوجبت علي الاعتكاف إن قدم زيد لكنه بخلاف الظاهر فتدبره، وعلى كل تقدير فالتأدب مع ساداتنا الأعلام وحسن الظن بهم واجب بلا كلام، والحق أن كلامهم هنا محمول على رواية في الاعتكاف وإن كانت الأخرى هي التي عليها الأكثر، وكون محمد لم يذكرها مجموعة لا يقدح في ثبوت كل فرد منها لذكره لها متفرقة والعذر لصاحب «الهداية» حيث لم يذكرها مجموعة أنه التزم الجمع بين القدوري و«الجامع الصغير»، وليس فيهما ذلك ومن ثم حذفها في «المجمع» لالتزامه المنظومة والقدوري **(والمزارعة والمعاملة)** يعني المساقاة لأنهما إجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط الفاسد، ولا يجوز تعليقهما بالشرط كما لو قال: زارعتك أرضي أو ساقيتك كرمي على أن تقرضني ألفاً، وإن قدم زيد وقبل الآخر ولو تعاقدا عقد المزارعة على أن يكون الحصاد أو الدياس على

والإقرار والوقف والتحكيم

أحدهما فسدت فهذا في الشرط النافع لأحدهما، ولو شرطا ما لا ينفع كما لو شرطا أن لا يسقي أحدهما حصته لا تفسد، ولو أبطلا الشرط المفسد فإن في صلب العقد لا ينقلب جائزاً وإلا عاد جائزاً، كذا في «البزازية»، **(والإقرار)** لأنه ليس مما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما إذا علق الإقرار بموته أو بمجيء الوقت، فإنه يجوز ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود ودعوى الأجل فيلزمه للحال، كذا في «الشرح».

وفي «العمادية» له علي ألف إن مت لزمه الألف عاش أو مات، ومن فروع المسألة ما في «المبسوط» ادعى عليه مالاً فقال المطلوب إن لم آتك غداً فهو علي لم يلزمه إن لم يأتِ به غداً لأن تعليق الإقرار بالشرط باطل، وفيه في باب اليمين والإقرار لفلان علي ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف أو إذا حلف أو متى حلف أو حين حلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فحلف فلان وجحد المقر المال لم يؤخذ بالمال لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إقرار.

قال في «البحر»: وظاهر إطلاق المص يعم الطلاق والعتاق، فلو قال: إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعتقه لم يصح ويدل على ذلك ما مر من أنه لو أكره على إنشاء الطلاق والعتاق وقع، ولو على الإقرار به فاقر لم يقع، واعلم أن الشر حكى في كتاب الإقرار عن «النهاية»: أن الإقرار المعلق باطل، وعن «المحيط» أنه صحيح ويبطل الشرط، ونقل عن «المبسوط» ما يشهد لما في «المحيط» وهو مخالف لما هنا.

قال في «البحر»: والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بأن الإقرار لا يصح تعليقه وأنه يبطل بالشرط الفاسد وأنت خبير/ بأن هذا يلزمه في عزل الوكيل والاعتكاف [٤٠٨/أ] **(والوقف)** لأنه ليس مما يحلف به فلو قال: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفاً لأن شرطه أن يكون منجزاً، جزم به في وقف «فتح القدير» و«الإسعاف» حيث قال: لو قال إذا جاء غداً أو رأس الشهر وإذا كلمت فلاناً أو إذا تزوجت فلانة فأرضي صدقة موقوفة يكون باطلاً لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر، وفيه أيضاً وقف أرضه على أن له أصلها أو على أن لا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها أو يتصدق بثمنها كان الوقف باطلاً، وحكى في «البزازية» وغيرها أن عدم صحة تعليقه رواية، والظاهر ضعفها لجزم المص وغيره بها **(والتحكيم)** كما إذا قال المحكمان لعبد: إذا أعتقت فاحكم بيننا لأنه تولية صورة، وصح معنى إذ لا يصار إليه إلا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فبالاعتبار الأول يصح تعليقه، وبالاعتبار الثاني لا يصح فلا يصح بالشك، وهذا قول أبي يوسف قال

وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيصاء والوصية والشركة والمضاربة..........................

في قضاء «الخانية»: وعليه الفتوى، وقال محمد: يصح تعليقه لأنه تفويض وتولية فصار كالوكالة وبقي إبطال الأجل.

قال في «البزازية»: إنه يبطل بالشرط الفاسد (**وما لا يبطل بالشرط**) لكونه ليس بمعارضة مالية القرض كأقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهراً، وفي «البزازية» وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم انتهى، وهو محمول على ما لو علقه بشرط فيه منفعة للمقرض لنهيه ﷺ عن قرض جر[1]، والذي في «الخلاصة» عن كفالة «الأصل» (**والقرض**) بالشرط حرام انتهى، (**والهبة والصدقة**) كوهبتك هذه المائة أو تصدقت عليك بها على أن تخدمني سنة، (**والنكاح**) كتزوجتك على أن لا مهر علي أو على أني بالخيار أو إن أجاز أبي أو أرضى فقالت: قبلت لا يصح لأنه تعليق والنكاح لا يحتمله، كذا في «الخانية».

قال في «الظهيرية»: فلو كان الأب حاضراً فقبل في المجلس جاز، وهو مشكل والحق ما في «الخانية» (**والطلاق**) كطلقتك على أن لا تتزوجي بفلان، (**والخلع والعتاق**) كخالعتك وأعتقتك على أني بالخيار على ما مر (**والرهن**) كما إذا قال: أخذته رهناً على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء فقال الراهن: نعم صح، وبطل الشرط وكذا لو قال: أوفيتك متاعك إلى كذا وإلا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن، كذا في رهن «البزازية» (**والإيصاء**) كقوله جعلتك وصياً على أن لك مائة درهم كان وصياً ولغي الشرط.

قال في «البزازية»: والمائة له وصية يعني إن قبلها كانت له وإلا لا والأولى ما صوره العيني وصيت إليك على أن تتزوج ابنتي إذ الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد، وما هنا صحيح (**والوصية**) كأوصيت لك بثلث مالي بشرط أن تزوج أبي بابنتك وقول العيني صورتها أوصيت لك بثلث مالي إن رضي فلان ففيه نظر لأن هذا مثال تعليقها بالشرط وليس الكلام فيه، كذا في «البحر».

(**والشركة**) كشاركتك على أن تهدي إلي كذا (**والمضاربة**) حتى لو دفع إليه ألفاً على أن يدفع رب المال إلى المضارب أرضاً يزرعها أو داراً يسكنها سنة بطل الشرط وجازت المضاربة، وكذا لو شرط أن تكون النفقة على المضارب إذا خرج إلى السفر، كذا في «البزازية» وفيها لو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لأنه شرط

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٣٤)، والزيلعي في نصب الراية (٤/٦٠).

والقضاء والإمارة والكفالة والحوالة والوكالة والإقالة والكتابة وإذن العبد في التجارة......

بل لقطع الشركة، ولو شرط المضارب لرب المال أن يدفع له أرضاً أو داراً فسدت أيضاً لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله أو أجرة داره (**والقضاء**) كما إذا ولاه الخليفة بلدة، كذا على أن لا يعزل أبداً أو ولاه مؤبداً كان له عزله ولو بلا جنحة، وهل يشترط في صحة عزله كمدرس أبده السلطان أن يقول: رجعن عن التأبيد أفتى بعضهم بذلك وعندي أن لا سلف له فيه ولا دليل يقتضيه لأنه حيث صح العزل كان إلغاء للتأبيد سواء نص على إلغائه أو لا.

(**والإمارة**) قال في «القاموس»: الأمر جمع أمور ومصدر أمر علينا مثلثة إذا ولي والاسم أمره بالكسر وقول الجوهري مصدر وهم، والمؤمر الملك كما لو قالوا: وليتك إمارة بلدة كذا على أن لا تركب قال في «البزازية»: ولو شرط عليه أن لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يمتثل قول أحد صح التقليد كما والشرط، ولو ....[1] من ذلك انعزل لا يبطل قضاؤه فيما مضى، ولو شرط عليه أن لا يسمع قضية رجل بعينه صح الشرط ولا ينفد قضاؤه في هذا الرجل.

(**والكفالة**) بأن قال: كفلت غريمك على أن تقرضني كذا، وفي «البزازية» لو قال: كفلت به على أني متى طولبت به فلي أجل شهر فإذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الأولى، فإذا تم الشهر من المطالبة الأولى لزم التسليم ولا تكون مطالبة الثانية تأجيلاً.

(**والحوالة**) بأن قال: أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التواء وفي «البزازية» ومن صور فساد الحوالة ما إذا شرط أن يعطي المحتال من ثمن دار المحيل لأنه لا يقدر على الوفاء بما التزم/ بخلاف ما لو التزم المحتال عليه الإعطاء من ثمن [٤٠٨/ ب] دار نفسه لأنه قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره، كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد ولا يجبر على الآدمي قبل الأجل انتهى، وهذه ترد على إطلاق المص، وجوابه أن هذا في المحتال وعد وليس الكلام فيه.

(**والوكالة**) بأن قال: وكلتك على أن تبرئني مالك علي، (**والإقالة**) حتى لو تقايلا على أن يكون الثمن من الأول أو أقل صحت وكفى الشرط وقد مر في بابها، (**والكتابة**) بأن كاتبه على ألف بشرط أن لا يخرج من البلد، أو على أن لا يعامل فلاناً أو على أن يعمل في نوع من التجارة فتصح، ويبطل الشرط لأنه غير داخل في صلب العقد، فإن كان داخلاً فيه فسدت كالكتابة على خمر ونحوها قاله الشر، (**وإذن العبد في التجارة**) حتى لو أذنه على أن يتجر شهراً أو في كذا بطل الشرط، وكان الإذن علماً.

---

(١) بياض في الأصل.

ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضي.

(**ودعوة الولد**) بأن قال لأمة بعدما ولدت: هذا الولد مني بشرط رضى زوجتي، (**والصلح عن دم العمد**) حتى لو صالح القاتل عمداً ولي المقتول على شيء بشرط أن يهبه شيئاً أو يقرضه بطل الشرط، وصح الصلح وسقط الدم (و) صلح (**الجراحة**) التي فيها القصاص حالاً أو مؤجلاً كذلك، (**وعقد الذمة**) بأن قال الإمام لحربي يريد الإقامة بدار فأضربت عليك الجزية على أن تهدي إلي هدية.

(**و تعليق الرد بالعيب**) بأن قال: إن لم أرد عليك الثوب المعيب اليوم عيناً أو رده عليك إن شاء فلان (و) تعليق الرد (**بخيار**) الشرط بأن قال من له الخيار في البيع أسقطت خياري إن شاء فلان فإنه يصح البيع ويبطل الشرط قاله العيني، وعبارة «الخلاصة» أسقطت خياري إذا جاء غد فيصح ما شرط، (**وعزل القاضي**) بأن قال الخليفة للقاضي: عزلتك عن القضاء إن شاء فلان.

تتمة: بقي مما لا يبطل بالشرط الفاسد الصلح عن جناية الغصب والوديعة والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وكره في آخر هبة «النهاية»، كذا في «الشرح» وقد أخل الشر بالحجر عن المأذون والنسب مع ذكر صاحب «النهاية» لهما في آخر الهبة أيضاً.

تكميل: بقي ما يجوز تعليقه وهو مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق والالتزامات كذلك كالحج والصلاة والتوليات كالقضاء والإمارة، كذا في «الشرح». قال في «البحر»: وقد فاته الإذن في التجارة فإنه يصح تعليقه بالشرط كما في «الخانية» والإسلام فإنه يصح تعليقه أيضاً كما في «فتاوى قارئ الهداية»، والهبة فإنه يصح تعليقها لكن بشرط ملائم كوهبتك على أن تقرضني كذا في «جامع الفصلين» وكذا الكفالة فإنه يصح تعليقها بملائم أيضاً كما مر فيها. وفي «البزازية» تعليق تسليم الشفعة بالشرط جائز نحو إن كنت اشتريت سلمت وقد ذكر المص في آخر الإجارة ما يجوز إضافته وهو أربعة عشر موضعاً، وما لا يجوز وهو عشرة وعدها الشر هنا ولم يعدها استغناء بمراجعة الكتاب والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

كتاب الصرف

هو بيع بعض الأثمان ببعض.........

كتاب الصرف

أخّره لقلة وجوده بكثرة قيوده وأيضاً لما كان عقداً على الأثمان والثمن في الجملة تبعاً لما هو المقصود من البيع أخر عن البيع المتضمنة للمقاصد الأصلية، أعني المبيعات، وهو لغة: إمّا النقل ومنه قوله في دعاء الاستخارة فاصرفه عني ولا شك أن نقل كل من البدلين عن مالكه إلى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمي باسم ذلك المعنى المشروط فيه، أو الزيادة لأنه لا يطلب منه إلا رهن إذ لا ينتفع بعينه والزيادة تسمى صرفاً لغة، ومنه سميت النافلة صرفاً في قوله عليه الصلاة والسلام: «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»[1] أي: لا نفلاً ولا فرضاً، كذا في «الهداية».

ولا شك في مناسبة تسميته عدلاً لأنه أداء للحق المستحق عليه، واعترض بأنه فسر في «الفائق» ....[2] حديث المدينة «من أحدث فيها حدثاً أو آوى فيها محدثاً فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»[3] الصرف بالتوبة لأنه صرف النفس عن الفجور إلى البر، والعدل بالفدية من المعادلة لأنه يعادل نفسه، والمراد بمن أحدث الحدث فعل ما يوجب الحد. وأجيب بأن أهل اللغة اختلفوا في ذلك فذكر في «الجوهرة» وغيرها كما في «الهداية» فلا اعتراض مع أنه الأنسب، كذا في «الفتح» والقولان حكاهما في «القاموس».

وأقول: وجود المعنيين لغة ثابت، غير أنه إنما اختلف التفسير إعطاء الكل مقام ما يناسبه وهذا لأن الجزاء بحسب الجناية من أحدث بالمدينة حدثاً أغلظ بدليل قرانه باللعن ناسب أن يفسر الصرف والعدل بما في «الفائق» فلا اختلاف حينئذ كما توهم، وشرعاً: ما أفاده بقوله (**هو بيع بعض**) بجنس (**الأثمان ببعض**)، وهذا المضاف لا بد منه ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فإنه سبب ما اتصل به من الصنعة لم يبقَ ثمناً صريحاً، ولذا يتعين في العقد ومع ذلك هو صرف ولم يقل من جنس واحد لأن اتحادهما جنساً ليس شرطاً، وشرطه/ تقابض البدلين قبل [٤٠٩/أ]

---

(١) أخرج نحوه الترمذي في سننه (٢١٢١).
(٢) بياض في الأصل.
(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط (٦٦٠٧) (٦/٣٥٦).

فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض، وإن اختلفا جودة وصياغة........

الافتراق وإن اختلف الجنس، ولذا لم يصح فيه أجل ولا خيار بشرط لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على القولين وذلك يخل بتمام القبض وهو ما يحصل به التعيين، فإذا سقط الأجل والخيار في المجلس صح بخلاف خيار الرؤية والعيب، إلا أنه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد ينعقد على مثلهما لا عينهما بخلاف الأواني والحلي، وبهذا عرف أنه لا حاجة بجعلهما، أعني إسقاط الأجل وخيار الشرط شرطين على حدة كما جرى عليه في «البحر» تبعاً «للنهاية» وغيرها لأن شرط التقابض يغني عن ذلك، نعم بقي شرط آخر وهو التساوي عند اتحاد الجنس وإلى هذين الشرطين أشار المص بقوله: **(فلو تجانسا)**، أي: الثمنان كالذهب والفضة بمثلهما **(شرط التماثل)** أي: التساوي وزناً **(والتقابض)** قبل افتراق العاقدين بأبدانهما والتقييد بالعاقدين يعم المالكين والنائبين، وتقييد الفرق بالأبدان يفيد عموم اعتبار المجلس ومن ثم قالوا: إنّه لا يبطل بما يدل على الإعراض، ولو سار فرسخاً ولم يتفرق صح وقد اعتبروا المجلس في مسألة هي ما لو قال الأب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل، كذا عن محمد لأنه لا يمكن اعتبار المتفرق بالأبدان هنا فاعتبر المجلس، كذا في «البدائع».

وفي «الذخيرة» وكّل وكيلين تصارفا ثم ذهب أحدهما قبل القبض وقبل الآخر بطل حصة الغائب، كالمالكين إذا قبض أحدهما دون الآخر لم يجز، ونبه بقوله شرط التماثل أنه لو زاد أحدهما بعد التفرق أو حط شيئاً من الجنس فسد عند الإمام وقال أبو يوسف: لا يفسد وهما باطلان ووافقه محمد في الزيادة وجوّز الحط كالهبة المستقلة، ومبنى الخلاف على أن الشرط الفاسد يلتحق بأصل العقد عنده خلافاً لهما وأجمعوا على أن الزيادة والحط لو كانا من غير الجنس لم يفسد، ويشترط في لزوم الزيادة قبضها قبل الافتراق، كذا في «البدائع»، وفيها لو استحق أحد بدلي الصرف بعد الافتراق، فإن أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن العاقد وهو هالك جاز، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل، **(وإن اختلفا)** أي: المجانسان **(جودة)**.

قال في «القاموس»: جاد يجود جودة صار جيداً **(أو صياغة)** بكسر حرفة لخبر مسلم وغيره: «الذهب بالفضة والفضة بالفضة مثلاً بمثل سواء بسواء، فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[1] وانتصابه بعامل مقدر وهو بيعوا

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧)، وأحمد في مسنده (٢٢٧٧٩).

وإلا شرط التقابض.........................

الذهب بالفضة بدلالة الباء فإنها تقتضي فعلاً يلتصق بواسطتها بما دخلت فيه، وهاهنا ذكرت في المبادلة فناسب كونه بيعوا ويجوز رفعه أي بيع الذهب.

قال في «الفتح»: والأولى أن يجعل عامله متعلق المجرور أي يباع الذهب بالفضة وقال الطيبي: الذهب يباع بالذهب مثلاً بمثل وانتصاب مثلاً وسواء على الحال والعامل فيه على النصب هو ما اقتضاه الجار من معنى الفعل وهو بيعوا كما مر، وعلى الرفع هو بيع أي مماثلاً وسواء بسواء ويباع بعد إسقاط الصنعة بالأثمان، لأنه لو باع إناء نحاس بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوبية أيضاً لأن صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة، ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عددياً لو تعورف ذلك بخلاف غيرها فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع كذا في «الفتح» حتى لو تعارفوا بيع هذه الأواني بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعها بجنسها إلا متساوياً، كذا في «الذخيرة».

واعلم أنه بشروط العلم بالمماثلة حتى لو تبايعا إناء بإناء مجازفة ولم يعلما كميتها وكانا في نفس الأمر متساويين لم يجز لأن الشبهة هنا تقوم مقام الحقيقة ولو وزنا في المجلس فظهر متساويين يجوز استحساناً كان هذا العقد إنشاء لأن ساعته كساعات واحدة، واختلف في التقابض هل هو بشرط البقاء على الصحة أو ابتداء الصحة؟ والمختار هو الأول وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفاً عند الإمام ولا يفسد على القول الأصح، كذا في «فتح القدير».
(وإلا) أي: وإن لم يتجانسا **(شرط التقابض)** يعني قبض البدلين باليد لما روينا ولا يكتفى فيه بالتخلية، كما في «فوائد القدوري» قيد بالنقدين لأنه لو باع أحدهما بفلوس شرط قبض أحد البدلين، كما في «الذخيرة».

وفي «البزازية» اشترى فلوساً بدرهم ولم تكن الفلوس حاضرة عند بائعها جاز ثم قال: لو اشترى مائة درهم بفلس يكفي التقابض من أحد الجانبين فإن قلت: هذا مناف لما في «فتاوى قارئ الهداية» أنه سئل هل يجوز بيع مثقال من الذهب بقنطار من الفلوس نسيئة أم لا؟ أجاب لا يجوز بيع الفلوس إلى أجل بذهب أو فضة لأن علماءنا نصوا على أنه لا يجوز/ [٤٠٩/ ب] إسلام موزون إلا إذا كان الموزون المسلم فيه مبيعاً كزعفران ونحوه ليست من المبيعات بل صارت أثماناً انتهى.

قلت: لا منافاة بينهما لاختلاف الموضوع وذلك أنه عروض شبهت بالثمن، فبالنظر إلى الأول يكتفى بقبض أحد البدلين، وبالنظر إلى الثاني لا يصح السلم فيها

فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فإن باع ديناراً بدراهم واشترى بها ثوباً فسد بيع الثوب ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين..........

وزناً فتدبره، وفيها غصب قلباً من أحد النقدين ثم استهلكه فعليه ثمنه مصوغاً من خلاف جنسه، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز عندنا خلافاً لزفر لأنه صرف وعندنا هو صرف حكماً للضمان لا مقصوداً فلا يشترط فيه القبض، ولو اشترى المودع الوديعة بخلاف جنسها وتفرقا قبل أن يحدد المودع قبضاً في الوديعة بطل الصرف، بخلاف المغصوبة لأن قبض الصرف ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة (**فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح**) البيع (**إن تقابضا في المجلس**) لوجود القبض المستحق عليه دون التماثل قيد باختلاف الجنس لأنه مع اتحاده لا يصح البيع مجازفة إلا أن يعلم التساوي في المجلس وقد مر (**ولا يصح التصرف قبل قبضه**) هذا يعم البدلين لأن كلاً منهما ثمن فلا يصح التصرف فيه بهبة ولا صدقة ولا بيع حتى لو وهبه البدل أو تصدق أو أبرأه منه وقبل بطل الصرف وإلا لا، (**فلو باع ديناراً بعشرة واشترى بها ثوباً فسد بيع الثوب**) والصرف على حاله لأن القبض مستحق بالعقد حقاً لله تعالى في تجويزه فواته وكان ينبغي أن تُجَوَز العقد في الثوب كما قال لأن الدراهم لا تتعين فينصرف فيها العقد إلى مطلقها.

ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع وبيع المبيع قبل قبضه لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه، كذا في «الهداية» ولا يخفى أن زفر إنما قال: يجوز البيع بناء على عدم تعيين بدل الصرف ثمناً فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فإذا قال بصحة هذا البيع لما قلنا كان بالضرورة قائلاً بأن البيع انعقد موجباً دفع مثله وتكون تسميته بدل الصرف تقديراً للثمن، سواء سميته مبيعاً أو ثمناً لأنه إنما يلزم بيع المبيع قبل قبضه إذا لزم بتسميته بعينه وليس هنا هكذا وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقاً كما هو المذهب مشكل هذا حاصل ما في «فتح القدير»، وفيه ترجيح لقول زفر ودفعه في «البحر» بما لا يصلح دفعاً حذفنا مخافة الإطالة بلا فائدة نعم قوله إنما يلزم حينئذ حيز المنع إذ المسلم فيه كذلك، وفي «الحواشي السعدية»: كون مبيعاً في باب الصرف ثبت ضرورة فلا يعتبر جعله مبيعاً فيما إذا حصل في مقابلة الثوب كما لا يخفى يؤيد ذلك ما سيجيء في بيع الدراهم الغالية الغش بمثلها متفاضلاً حيث شرط القبض في المجلس انتهى، ولا خلاف أن بدل الصرف إذا كان متعيناً كالمصوغ والتبر لا يجوز التصرف فيه (**ولو باع أمة مع طوق**) في عنقها حاصل هذه المسائل أن

ونقد من الثمن ألفاً فهو ثمن الطوق، وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالألف ثمن الطوق وإن باع سيفاً حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها، وإن لم يبين أو قال من ثمنهما ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلا..........

الجمع بين النقود وغيرها في المبيع لا يخرج النقود عن كونها صرفاً بما يقابلها **(من الثمن ألفاً)** ثم افترقا **(فهو)** أي: المنقود **(ثمن الطوق)** فإن لم ينص الدافع عليه تحرياً للجواز بتحكيم ظاهر حالهما، وكذا لو قال: خذه منهما كما سيأتي لأن المستثنى قد يراد به الواحد أيضاً بخلاف ما لو قال من ثمن الجارية لأن هذا الظاهر عارضه الصريح، وظاهر أن المعول عليه عند المقابلة بالجنس إنما هو القدر لا القيمة وحينئذٍ فلا حاجة إلى بيان الطوق كما لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية.

قلت: قيمتها أو كثرت ففي عبارته مسامحة ظاهرة نبه عليها الشارح نعم إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فبيان قيمتها يفيد أن الثمن ينقسم عليها على قدر قيمتها، وكون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل إذا بيع نقد مع غيره بنقد في جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه فلو قال: مع طوق زنته ألفاً بألف ومائة لكان أولى لكن قال في «الفتح»: وفي جعل الطوق ألف مثقال إفراط في التصور لأنه عشرة أرطال مضروبة ووضع هذا المقدار في العنق فيه نوع تعذيب **(ومن باع سيفاً)** جمع على أسياف وسيوف وأسيف وأسماؤه تنيف على الألف، كذا في «القاموس» **(حليته خمسون)** درهماً **(بمائة)** والحلية الزينة من ذهب أو فضة يقال حلية السيف والسرج وغيره **(ونقد)** من الثمن **(خمسين فهو)** أي: المنقود **(حصتها وإن لم يبين)** المشتري أنه حصتها لما قلنا **(أو قال)** المشتري: خذ الخمسين **(من ثمنها)** لما مر من أن المثنى يراد به الواحد **(ولو افترقا)** أي: المتعاقدان **(بلا قبض صح)** البيع **(في)** حصة **(السيف)** لعدم اشتراط قبض ثمنه **(إن تخلص السيف بلا ضرر)** لأنه حينئذ يقدر على تسليمه كبيع الجارية مع الطوق **(وإلا)** وإن لم يتخلص إلا بضرر **(بطلا)** / أي: بيع الحلية والسيف لتعذر تسليم السيف بلا ضرر كبيع جذع من سقف وبقي ما لو نصفه من ثمن الحلية والآخر من ثمن السيف وجعل الكل من ثمن السيف وفيما يكون عن الحلية لأنهما شيء واحد، كذا في «الشرح»، ونقل عن «المبسوط» ولو قال من السيف خاصة وقال الآخر: نعم أو قال: لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية قال الشر: وينبغي أن تكون هذه المسألة كالمتقدمة من أنه يصرف إلى الحلية على ما بينا من أنه على ما مر من التفصيل بأن تخلصت الحلية بلا ضرر صح في السيف خاصة وإلا بطل في الكل، وفي «المحيط»

[١/٤١٠]

ولو باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والإناء مشترك بينهما.........

لو قال: خذ هذا من ثمن النصل خاصة ينظر إن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعاً لأنه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحاً للبيع، وإن أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لأنه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف فعلى هذا ما ذكر في «المبسوط» محمول على ما إذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقاً بينه وبين ما في «المحيط»، قال في «البحر»: وفيه نظر لأن ما في «المحيط» إنما هو فيما إذا صرح بالنصل دون السيف ولا شك في عدم انصرافه إلى الحلية لكن بشرط أن يتخلص بلا ضرر وإلا صرف لها، ونقل عن «البدائع» إن ذكر أنه عن السيف يقع على الحلية ،وإن ذكر أنه من ثمن النصل فإن أمكن التخليص بلا ضرر يقع عن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق وإلا فهو ثمن الصرف ويصحان انتهى.

وأقول: في «القاموس» النصل والنصلان حديدة السهم والرمح والسيف ما لم يكن له مقبض جمعها نصل ونصال ونصول، وحاصل الأمر أن الشر سوّى بين السيف والنصل في انصرافه إلى الحلية إن لم تتخلص الحلية إلا بضرر، وحمل ما في «المبسوط» من إطلاق الفساد على ما إذا تخلصت بلا ضرر وهذا مما لا محيص عنه وعليه يحمل أيضاً ما في «السراج» خذ هذا المعجل حصة السيف كان على الحلية لأن السيف اسم للحلية أيضاً لأنها تدخل في بيعه تبعاً، ولو قال: هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لأنه صرح بذلك فأزال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة، واعلم أن الجواب في المسألة، أعني مسألة الجارية والسيف مقيد بما إذا كان الثمن أكثر من المطوق والحلية، فإن كان مثله أو أقل أو لا يدرى واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما إذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر أو احتماله فيما إذا لم يدر الحال.

(**ومن باع إناء فضة**) بفضة أو ذهب وحذفه لأن الباب معقود للصرف (**وقبض بعض ثمنه**) في المجلس (**وافترقا**) من غير قبض الباقي (**صح**) البيع (**فيما قبض**) لوجود شرط الصرف فيه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد في الكل لأنه طارئ بعد صحة العقد بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط التعليق (**والإناء مشترك بينهما**) أي: المتعاقدين، ولا يثبت للمشتري خيار عيب الشركة لأنها جازت من قبله لعدم النقد قبل الافتراق، ولذا لو هلك أحد العبدين قبل القبض ثبت الخيار له في الباقي لعدم صنعه وقوله في «الفتح»: ولا يتخير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاز بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض فيه

وإن استحق بعض الإناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو ردّه ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما...

نظر إذ البائع لا صنع له ومن ثم اقتصر الشر وغيره على المشتري وهو الظاهر (**وإن استحق بعض الإناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه**) من الثمن أو لأن الشركة في الإناء عيب لم يحدث بصنعه بخلاف ما مر (**ولو باع قطعة نقرة**) وهي قطعة فضة مذابة، كذا في «الديوان» وعليه فالإضافة من إضافة الجنس إلى النوع قاله العيني وفي «المغرب» النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ويقال: نقرة فضة على الإضافة للبيان (**واستحق بعضها أخذ**) المشتري (**ما بقي بقسطه بلا خيار**) لأن التبعيض لا يضرها فلم يلزم عيب الشركة لإمكان أن يقطع حصته مثلاً، وهذا الإطلاق مقيد بما إذا كان الاستحقاق بعد القبض، فإن كان قبله كان له الخيار لتفرق الصفقة عليه (**وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين و**) صح أيضاً بيع (**كر بر وشعير بضعفهما**) بأن يبيعهما بكري بر وكري شعير، وقال زفر: لا يجوز لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين وفي صرف الجنس إلى خلافه تغيير تصرفه.

قلنا: فيه تصحيح والإجماع على أنه متى أمكن تصحيح تصرف العاقد ارتكب وقد أمكن بجعل الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم ونقض بأنه غير متعين إذ يمكن أن تعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم والدينار من الدينارين/ [٤١٠/ ب] بمقابلة الدرهم.

وأجيب: بأن التغيير ما أمكن تقليله متعين، وهنا فرض ثلاثة تغييرات على أن المدعى إنما هو صرف الجنس لا خلاف جنس لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكر من ذلك ومنه أيضاً أن يصرف نصف الدرهم إلى نصف الدرهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار وكل ذلك لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس، وأفاد الشر أنه لو قال عند البيع: على أن يكون الجنس مقابلاً بخلاف الجنس صح يعني إجماعاً، وأورد أن تصحيح التصرف ممكن في مسائل حكمتم بالفساد فيها هي ما لو اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعها مرابحة لا يجوز، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب، وكذا لو اشترى عبداً بألف، ثم باعه قبل نقض الثمن عن البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف، وإن أمكن تصحيحه بألف إليه وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وباعه أحدهما لا يجوز وإن أمكن صرفه إلى عبد غيره.

وأجيب عن الأولى بأنا لو صرفنا إلى الثوب لكان تولية في القلب وهي تضاد

وأحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ودينار بعشرة عليه.........................

المرابحة فكان إبطالاً له، والطريق في الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري واعترض بأن الطريق في مسألة «الكتاب» غير متعينة أيضاً في واحد كما قد علمت وأجيب بأنه أقل تغييراً بخلاف مسألة العبدين فكان أولى، وفي الثالثة: أضيف المبيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده قال الشر: والأصل في هذا الباب أن أحد البدلين تجب قيمته على الآخر وتظهر فائدته في الرد بالعين والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما فيه تجب ثم إن كان العقد مما لا ربا فيه، فإن كان لا تتفاوت آحاده فالتسمية على الأجزاء، فإن تفاوت فعلى القيمة، وإن كان (**درهماً بعشرة دراهم**) ودينار أردف هذه المسألة وإن علمت مما قبلها لبيان أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه لا فرق فيه بين كون البدلين فيهما جنسان من الأموال الربوية وفي أحدهما كما هنا، كذا في «العناية» فتكون العشرة بالعشرة والدرهم بالدينار.

فـــــرع

اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لأنه إن لم يظهر في التراب شيء فظاهر وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة، ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز، ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس، كذا في «الفتح» (و) صح أيضاً بيع (**درهم صحيح ودرهمين غلة**) بفتح المعجمة وتشديد اللام الدراهم المقطعة أي المكسرة تكون في القطعة ربع وثمن وأقل وقيد ما يرده بيت المال ويقبله التجار قال الشارح: ولا تنافي بينهما لاحتمال أن تكون هي القطعة (**بدرهمين صحيحين ودرهم غلة**) للمساواة في الوزن والجودة والصحة في الأموال الربوية ساقطة وعبارة القدوري ويجوز بيع درهمين صحيحين بدرهمين غلة ودرهم صحيح بدرهم غلة، قال الحدادي: وصوابه كما قال المص انتهى، وأنت قد علمت أن مناط الصحة هو المساواة ولا شك في وجودها فيما قاله القدوري فتدبر في وجه عدم الصواب (و) صح أيضاً بيع (**دينار بعشرة عليه**) اتفاقاً والتقيا قصاصاً لأنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز إجماعاً لأن التعيين للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين سقط، ولا فرق في الدين بين أن يكون عليه أو لحقه قبل الافتراق وقيل: لا يجوز التقاص بدين حادث، والأول أصح.

وفي «الحواشي السعدية»: فإن اختلج مالك في صحة المقاصة .....[1] لا

---

(١) بياض في الأصل.

أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة وغالب الفضة والذهب فضة، وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً وزناً وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير فصح بيعها بجنسها متفاضلاً..........

يتعين الدين، ولهذا لو تصادقا أن لا دين يبطل العقد فكان الإطلاق والتقييد سواء فليتأمل وفيه نظر يعرف مما سيأتي (أو) باعه (**بعشرة مطلقة**) أي: غير مقيدة بالدين الذي عليه (**ودفع**) البائع (**الدينار**) للمشتري (**وتقاصا العشرة بالعشرة**) قيد بذلك لأنهما لو لم يتقاصا لم تقع المقاصة بينهما إجماعاً، كذا في «العناية» وبه عرف أن هذا قيد في الثانية ثم الجواز مع التقاص استحسان أنه لا يجوز وهو قول زفر لكونه استبدالاً ببدل الصرف قبل قبضه وجه الاستحسان أنه بالتقاص انفسخ العقد الأول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين، لأنهما لما أن غيرا موجب العقد فقد فسخاه أي آخر اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول كذا قالوا: وقرر في «فتح القدير» أنه لا حاجة إلى اعتبار فسخ الأول لأن موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق ولا يبالى به بحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة، بخلاف ما لو وجد البيع من الثمن الأول فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة المطلقة مع هذه العشرة للصدق لأن الإطلاق ليس قيداً للعقد بها وإلا لم يكن قضاؤها أصلاً إذ لا وجود للمطلق بقيد الإطلاق انتهى.

وبهذا يستغنى عما أورد لو ثبت الفسخ بالمقاصة لوجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة لأن لإقالة الصرف حكم الصرف، وأجيب بأن الإقالة ضمنية فجاز أن لا يثبت لها حكم البيع إلا أنه يلزم عليه موافقة زفر لهم أن المانع إنما هو بناء المسألة على الاقتصار وهو لا يقول به وعلى ما ادعاه لاقتضاء أصلاً فتدبره. (**وغالب الفضة**) أي: والفضة الغالية (و) غالب (**الذهب فضة وذهب**) / لأن النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع وقد يكون خلقياً فيكون كالمستهلك (**حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً**) وكذا لا يصح الاستقراض بها إلا (**وزناً**) أي: يعتبر فيها من تحريم التفاضل ما يعتبر في الخالص منها (**وغالب الغش**) أي: المغشوش منهما (**ليس في حكم الدراهم والدنانير فيجوز بيعها بجنسها متفاضلاً**) وزناً وعدداً صرفاً للجنس إلى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفاً ولذا شرط التقابض في المجلس، أما بالنسبة إلى الذهب والفضة فظاهر، وأما بالنسبة إلى الصغر فلعدم التمييز إلا بضرر والمراد بقاؤه على الصحة لما عرف إذ القبض له لا لصحة العقد، ومشايخ ما وراء النهر لم

[٤١١/أ]

ولا يتعين بالتعيين لكونه أثماناً ويتعين بالتعيين إن كانت لا تروج والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش.........

يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالية والعطارقة لأنها أغر الأموال في ديارهم، فلو أبيح لا تفتح باب الربا والغطريفية نسبة إلى غطريف الكندي أمير خراسان أيام الرشيد قيل: هو خالد قيد بالجنس لأنه لو باعها بفضة خالصة، فإن كانت الخالصة التي في المغشوشة مثله أو أقل أو لا يدري فسد البيع، وإن كانت أكثر صح على ما مر في حلية السيف، وصح أيضاً التتابع أي البيع والشراء والاستقراض بما يروج من غالب الغش من النقدين عدداً نصب على التمييز أو وزناً أو بهما لأن المعتبر فيما لا نص فيه العرف ولا شك أنها بغلبة الغش صارت كالفلوس وفيها تعتبر العادة في المعاملة.

(**ولا تتعين**) المرابحة (**بالتعيين لكونها أثماناً**) بالاصطلاح فما دام موجوداً لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى فلو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد (**وتتعين بالتعيين إن كانت لا تروج**) لأنها سلعة في الأصل وإنما صارت ثمناً بالاصطلاح فما دام موجوداً لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى، فلو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وتتعين بالتعيين إن كانت لا تروج لأنها سلعة في الأصل وإنما صارت ثمناً بالاصطلاح، فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى الأصل حتى لو هلكت قبل القبض بطل العقد هذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل المتعاقدين أن الآخر يعلم، فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم المرابحة في ذلك لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وإن كانت يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف النبهرجة فيتعلق العقد بجنسها كما هو في المرابحة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضي بذلك أدرج نفس في البعض الذي يقبلها وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد إلى الأروج فإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في كتاب البيع، كذا في «الفتح».

(**والمتساوي**) فضة وغشاً وذهباً كذلك (**كغالب الفضة**) والذهب (**في التبايع والاستقراض**) حتى لا يجوز البيع بهما ولا إقراضهما إلا وزناً لأن الفضة موجودة فيها حقيقة وهي غير مغلوبة فوجب اعتبارها بالوزن شرعاً إلا إذا أشار إليها في المبالغة فيكون بياناً لقدرها ووصفها كما لو أشار إلى الجياد ولا ينتقض البيع بهلاكها قبل التسليم لأنها ثمن فلا يتعين ويعطى مثلها (**وفي الصرف كغالب الغش**) حتى لو باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار، ولو باعها بالخالصة لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر مما فيه، وفي «الخانية» لو كان نصفها فضة ونصفها صفراء لا يجوز فيه

ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئاً وكسد بطل البيع........

التفاضل قال الشر: وظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها وهو يخالف ما ذكر هنا ووجهه أن فضتها لما لم تكن مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطاً (**ولو اشترى**) بها أي: بالتي غلب غشها وفي نسخة (**به**) أي بغالب الغش (**أو بفلوس نافقة**) أي: رابحة يقال نفقت نفقاً من باب تعب نفدت ويتعدى بالهمز فيقال: أنفقتها كذا في «المصباح»، وكذا إذا باع بها (**شيئاً وكسد**) كل واحد منهما قبل القبض أو انقطعا عن أيدي الناس يقال: كسد الشيء يكسد من باب قتل لم ينفق لقلة الرغبات وأصل الكساد الفساد (**بطل البيع**) عند الإمام وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً وإلا فمثله أو قيمته.

وقالا: لا يبطل لأن العقد إلا أنه تعذر التسليم للكساد وهو لا يوجب الفساد كما لو اشترى بالرطب فانقطع وإذا بقي العقد كان عليه قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف، وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها قبل الفتوى على قول أبي يوسف وقيل على قول محمد رفقاً بالناس وله أن الثمن قد هلك بالكساد فبقي بيعاً بلا ثمن، والغالب أن الرواج لا يقود بخلاف الرطب فإنه لو انقطع يعود في العاد القابل غير أنه يخير بين الفسخ والصبر إلى أن يحصل لا يقال فلتصر مبيعة/ إذا انتفت ثمنيتها لأنا [٤١١/ ب] نقول تصير مبيعة في الذمة، والبيع في ذمة لا يجوز إلا في السلم واعترض عليه بأن ثمنيتها يوجب أن يكون بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق، قال في «الفتح»: وهذا المعترض لم ينتبه لصورة المسألة وهي أنه باعه بدراهم كذا وكذا غلب غشها وليس فيها أنه أحضر الدراهم وأشار إليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالأثمان إذ الغرض أن البيع وقع بها في حال رواجها أثماناً وشرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلدان، فلو راجت في بعضها لا يبطل البيع لأنها لم تهلك وإنما تعيبت قالوا: هذا على قول محمد، وأما على قولهما فينبغي أن يكتفي بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلسين عندهما يجوز اعتباراً لاصطلاح البعض، وعند محمد لا يجوز باعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً، كذا في «العناية» و«فتح القدير» وغيرهما واعترضهم في «الحواشي السعدية» بأن محمداً لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل.

أقول: وكذا أبو يوسف لا يقول به أيضاً كما قد علمت فكيف يكتفى للفساد في تلك البلدة على قوله ثم رأيت بعد التأمل أن مما يجب المصير إليه في الجواب أن ما في «العيون» مبني على ما جرى عليه في «المبسوط» و«الأسرار» و«شرح

وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم يعين وبالكاسدة لا حتى يعينها ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها........................

الطحاوي» من أن الفساد بالكساد في الفلوس قول الكل وأن الخلاف الأول مقصور على الدراهم المغشوشة وسوّى القدوري بين الكل وهو الوجه إذ لا فرق يظهر ولم أر من أفصح عن هذا والله الموفق.

واعلم أنها لو راجت قبل فسخ البائع البيع عاد البيع جائزاً لعدم انفساخ العقد بلا فسخ كذا في «البزازية» وعلى هذا فقول المص بطل البيع أي يثبت للبائع ولاية فسخه والله الموفق، قيد بالكساد لأنها لو نقضت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يتخير البائع، وكذا لو غلب وازدادت ولا يتخير المشتري ويطالب بالقدر بذلك العيار الذي كان وقت البيع وفي «الخلاصة» و«البزازية» عن «المنتقى» غلت الفلوس أو رخصت، فعند الإمام الأول والثاني أولاً ليس عليه غيرها وقال الثاني ثانياً: عليه قيمتها يوم البيع والقبض وعليه الفتوى انتهى. أي يوم البيع في البيع ويوم القبض في القبض والمذكور في «الخانية» تبعاً للإسبيجابي لزوم المثل فقط، قال في «البزازية»: والإجارة كالبيع والدين وفي النكاح يلزمه قيمة ذلك الدرهم وإن كان فقد بعض الثمن دون بعض فسد في الباقي قيدنا بعدم قبض البائع لأنه لو قبضها ولو فضولياً فيه فكسدت لا يفسد البيع ولا شيء له.

(**وصح البيع بالفلوس النافقة**) لأنها نوع من أنواع الأموال كالدراهم حتى لو هلك قبل القبض لا ينفسخ العقد، ولو استبدل بها جاز (**وإن لم يعين**) لأنها أثمان والثمن النقد تعينه بل ولو عين لا يتعين إلا إذا قال: أردنا تعليق الحكم فيتعلق العقد بعينها كذا في البحر لا يجب سده (**لا**) أي: لا يصح البيع (**حتى يعين**) لأنها مبيعة في هذه الحالة لا بد أن يتعين (**ولو كسدت أفلس القرض يجب**) على المستقرض (**رد مثلها**) عدداً عند الإمام باتفاق الروايات وأما إذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف: في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أرى ذلك عنه وقال الثاني: عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد: في آخر وقت نفاقها لأنه لما تعذر ردها كما قبض ببطلان وصف الثمنية وجب رد قيمتها وأصل الاختلاف في وقت الضمان فيمن غصب مثلياً فانقطع وله أنه إعارة وموجبة رد الجنس معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به وتأخير صاحب «الهداية» دليلها ظاهر في اختيار قولهما قالوا: وهو أنظر للمقرض وقول أبي يوسف أيسر وقول أنظر للجانبين قال في «البزازية» وغيرها وعليه الفتوى، ثم قال: وكذا الخلاف إذا أقرضه طعاماً بالعراق وأخذه بمكة فعند أبي يوسف عليه قيمته يوم قبضه، وعند

ولو اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس صح ومن أعطى صيرفياً درهماً فقال: أعطني به نصف درهم فلوساً ونصفا إلا حبة صح.

محمد يوم الخصومة، وكذا الخلاف في الفلوس المغصوبة بعد كسادها إذا كسدت حال قيام العين وكذا العد إلى ثم قال: لو اشترى بالنقد الرابح وتقايضا ثم تقايلا بعد الكساد رد البائع المثل لا القيمة عند الإمام (**ومن اشترى شيئاً**) من الفاكهة أو غيرها (**بنصف درهم فلوس**) بأن البائع سلعة اشتريتها منك بذلك (صح) الشراء ولزمه دفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة، وكذا إذا قال: بدانق من الفلوس وهو سدس درهم أو بقيراط وهو نصف السدس وقال/ زفر: لا يصح لأنه اشترى بالفلوس وهي [٤١٢/أ] معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة فذكرها لا يغني عن بيان العد فبقي الثمن مجهولاً.

قلنا: بل هو معلوم فأغنى ذكر العدد وإذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن والتقييد بالنصف اتفاقي لأنه بدرهم أو درهمين كان الحكم كذلك قيل: هذا قول أبي يوسف وهو الأصح، وعند محمد لا يجوز إلا فيما دون الدرهم ولم يذكر في «المبسوط» خلاف محمد والمذكور في غيره خلاف ظاهر الرواية عنه لأنه إذا كان المدار إنما هو على العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحاً للعقد فلا فرق بين دون الدرهم والدراهم فضلاً عن الدراهم (**ولو أعطى صيرفياً درهماً**) أي: كبيراً فضة (**وقال: أعطني به نصف درهم فلوساً**) بالنصب صفة لنصف وجعله في «العناية» بدلاً منه ويجوز الجر على أن يكون صفة لدرهم (**ونصفاً إلا حبة**) أي: درهماً صغيراً وزنه نصف درهم كبيراً إلا حبة (**صح**) هذا العقد لأنه لما لم يتكرر لفظ نصف بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة كان نصف درهم إلا حبة بمثله من الفضة والباقي بإزاء الفلوس حتى لو كرره، والمسألة بحالها بطل في الكل على قياس قول الإمام لأن الفساد قوي مقارن للعقد فيشيع وعندهما صح في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة، ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما في أن الفساد يحض النصف الآخر لأنهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافاً لما حكى عن بعض المشايخ من أنه لا يجوز وإن كرر والله الموفق للصواب.

كتاب الكفالة

هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وتصح بالنفس..........................

كتاب الكفالة

عقب البيع بها لأنها تكون فيه غالباً، ولما كانت بالأمر معاوضة عند الرجوع عما ثبت في الذمة من الأثمان ذكرها بعد الصرف **(وهي)** لغة: الضم سواء كان متعلقة عيناً أو معنى، قال في «المغرب»: وتركيبه يدل على الضم والتضمين، وفي «المصباح» كفلت بالمال وبالنفس كفلاً من باب قتل وكفر لا أيضاً والاسم الكفالة، وحكى أبو زيد سماعاً من العرب من بابي تعب وقرب، وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه إذا تحملت به ويتعدى إلى مفعول ثان بالتضعيف والهمزة فيحذف الحرف فيهما، وعرفا: ما أفاده بقوله على ضم ذمة إلى **(ضم ذمة)** الكفيل **(إلى ذمة)** أي: إلى ذمة الأصيل، والذمة وصف شرعي به الأهلية لوجوب ماله وعليه، وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد والمراد بها العهد فقولهم في ذمته أي في نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل، كذا في «التحرير» **(في المطالبة)** لم يقل بالدين لأنها كما تكون بالدين تكون بالنفس وبالأعيان المضمونة وهو ما يجب تسليمه بعينه فإن هلك ضمن مثله وإلا فقيمته كالمغصوب والمبيع فاسد أو المقبوض على سوم الشراء كما سيأتي إذ المطالبة لا فرق فيها بين أن يكون المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر أو لا، وجعل مسكين المطلوب منهما واحداً وهو تسليم النفس إذ المطلوب عليه تسليم نفسه والكيل قد التزمه، كما في «البحر».

وأقول: لم أر في مسكين ما يدل على ما ادعى وقبل في الدين فيثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل ويكتفي باستيفاء أحدهما ولم يرجح في «المبسوط» أحد القولين لكن في «الهداية» وغيرها الأول أصح ووجهه كما في «العناية» أنهما كما تصح بالمال **(تصح بالنفس)** ولا دين، وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة ويلزم أن يصير الدين الواحد دينين وحاصله أن الأول أعم وهذا أخص وفيه نظر، إذ من عرفها بالضم في الدين إنما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال، وأما الكفالة بالنفس وبالأعيان فهي المطالبة اتفاقاً وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد، وأفرد تعريف الكفالة بالمال لأنه محل الخلاف وبه استغنى عما في نكاح «الدرر» من تعريفها بضم ذمة إلى ذمة في مطالبة النفس أو المال أو التسليم مدعياً أن قولهم والأول أصح لا صحة له، وعن هذا أجاب في «الفتح» بأنه ثم ما ادعاه في «النهاية» من اللزوم نلتزمه إذ لا مانع منه شرعاً بعد أن الاستيفاء ليس إلا من أحدهما

....

كالغاصب وغاصب الغاصب فضلاً عن أنه أصح لأنهم قسموها إلى كفالة في المال، والنفس ثم إن تقسيمهم يشعر بإحضارها مع أنهم ذكروا في أثناء المسائل ما يدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بالتسليم انتهى. وأنت قد علمت ما هو الواقع لا يجب الحكم بكل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو يستلزم ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل، وفي الهبة والشراء إنما جعلتا في حكم دينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل ضرورة ولا ضرورة قبله ثم قال: ولا يخفى أما نقل عن الإمام أن الدين فعل يقتضي أن/ يكون في ذمة الكفيل أيضاً كما هو في ذمة الأصيل [٤١٢/ ب] إذ فعل الأداء واجب عليه انتهى.

وأجاب في «البحر»: إنه إنما وجب عليه لإسقاط المطالبة عنه وأبو حنيفة إنما جعله فعلاً لسقوطه عن الميت إذ لا يتأتى الفعل منه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس، وليس مراده أن حقيقة الفعل لأنه وصف قائم بالذمة وإنما مراده أن المقصود منه الفعل، ثم قال: أثر الخلاف يظهر فيما إذا أحلف الكفيل أن لا دين عليه فعلى الأصح لا يحنث، وعلى الضعيف يحنث ونقل عن «الخانية» ادعى عليه أنه ضمن له عن فلان الغائب كذا كذا درهماً قال الشيخ الإمام يحلفه بالله ما له عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي، وعن أبي يوسف هذا إذا عرض المدعى عليه للقاضي بأن قال: إنَّ الرجل قد يضمن مالاً ثم يؤدي أو يبرئه الطالب أو يؤديه المضمون عنه فيبر الضامن وإن لم يعرض يحلفه ما ضمن، وينبغي أن يكون ما عن الشيخ مفرعاً على الضعيف وما عن الثاني على الأصح انتهى.

أقول: هذا وهم منشؤه توهم أن قوله ما له عليك هذا المال يفيد ما ادعاه وليس كذلك إذ معناه ما له عليك المطالبة وكيف يصح على ما ادعاه أن يكون ما عن الثاني مفرعاً على الأصح وهو يوافقه فيما إذا عرض المدعي فتارة يفرع على الأول وتارة على الثاني ما هذا التواني وركنها الإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية عندهما ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً بل قال: بأنها تتم بالكفيل وحده موقوفة على إجازة الطالب، وقيل نافذة وللطالب حق الرد وهو الأصح كما في «المحيط» أي: من تولية وأثر الخلاف يظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من قال تتوقف قال لا يؤاخذ الكفيل، وفي «السراج» قال فضولي: ضمنت مال فلان على فلان من الدين فبلغهما فأجازا لا يجوز عندهما، وعند أبي يوسف يجوز ولو قبل عن الغائب أحد توقف في قولهم جميعاً، وكذلك هذا الاختلاف فيما إذا كفل صبي لا يتوقف

....

الكفالة إلى قبول وليه عندهما خلافاً لأبي يوسف، وشرطها في الكفيل كونه من أهل الشرع فلا ينفذ من مجنون ولا صبي إلا إذا استدان الولي نفقة لليتيم وأمره إذ يضمن المال عنه فإنه يصح، ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يصح لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً فلم يكن متبرعاً، كذا في «البحر» معزياً إلى «البدائع»، ثم رأيته في «المحيط» عزى المسألة إلى «المبسوط» ولفظه في كفالة الصبي وإن استدان له أبوه أو وصيه وأمر أن يكفل عنه الدين أو يكفله بنفسه جازت الكفالة بالدين دون النفس لأن الأب أو الوصي متى استدان على الصبي للنفقة كان لهما الرجوع بذلك في مال الصبي فكان أداء الدين على الصبي إلا أن الوصي ينوب عنه في الأداء فإذا أمر بالضمان فقد أذن له في الأداء وهو تمليك الأداء بإذنه فيجب عليه الأداء فلم يكن هذا الضمان تبرعاً انتهى.

وهو صريح في أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لكان الطلب إنما هو على الولي وبهذا التقرير بطل قول عصري هذا الاستثناء مستدرك بل لا تصح كفالة الصبي مطلقاً فتدبره ولا من مريض إلا من الثلث ولم ينفد من عبد ولو مأذوناً في التجارة، ولو أخذ بها بعد العتق إلا إذا أذن المولى ولا من مكاتب بإذن المولى ويطالب به أيضاً بعد العتق وقالوا: إنها تصح من المكاتب والمأذون عن المولى وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا كانت بأمره ثم رأيته كذلك في «عقد الفرائد» معزياً إلى «المبسوط» حيث قال: وكفالة العبد التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير إذنه باطل، وفيه كفل عن المولى بإذنه ولا دين عليه جاز لأن الحق في ماليته له كما لو رهنه، ولو أدى عنه بعد العتق لا رجوع له وفي المكفول به أن يكون ديناً صحيحاً فلا كفالة ببدل الكتابة، وينبغي أن يكون من ذلك الكفالة نفقة الزوجة قبل القضاء بها أو المضي لما قدمناه من أنها لا تصير ديناً إلا بهما وبدل الكتابة دين إلا أنه ضعيف ولا تصح الكفالة به فما ليس ديناً أولى، وقد أفتيت به وأن يكون مقدور التسليم فلا يجوز بالحدود القصاص.

وفي «الأصل» أن يكون قادراً على تسليم المكفول به فلم يصح عن ميت مفلس وأن يكون المكفول عنه معلوماً، فلا تصح لو كفل عن واحد وفي المكفول له كونه معلوماً أيضاً موجوداً في مجلس العقد كما مر وألفاظها ستأتي وسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه، وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة ودليلها الإجماع وسنده قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[1] رواه أبو داود والترمذي

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٠٥)، وأحمد في مسنده (٢٢٣٤٩)، وأبو داود في البيوع (٣٥٦٥)، والترمذي في البيوع (١٢٦٥).

وإن تعددت بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن........................

وقال: حديث حسن ومحاسنها جليلة هي تفريج كرب الطالب في المطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما ومع ذلك فالامتناع عنها أقرب إلى الاحتياط لأنه مكتوب في التوراة الزعامة/ أولها ملامة وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة، كذا في [١/٤١٣] «المجتبى» وتصح الكفالة بالنفس **(وإن تعددت)** بأن أخذ منه كفيلاً ثم كفيلاً أو كان للكفيل كفيل، ويجوز عود الضمير إلى النفس بأن يكفل واحد نفوساً والأول هو الظاهر أنه ينقاد إليه، وأما بغيره فلا يمكنه إحضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم، كذا في «الفتح».

تتمة: طلب المدعي كفيلاً بنفس المدعى عليه بعد الدعوى إلى أن يثبتها وقال: بينتي في المصر أجبر المدعى عليه على التكفيل، وإن لم يقل في المصر اختلف المشايخ وسيأتي في الدعوى وفي الدين المؤجل إذا قرب الحلول وأراد المديون المسافرة قبل حلول الأجل وعلم أنه يحل وهو غائب لا يجبر على الإعطاء الكفيل في الظاهر ولكن يقال لرب الدين: إذا أردت فاخرج معه فإذا حل الأجل طالبه بدينك وله منعة من السفر إلى أن يوفيه قال في «الظهيرية»: وكذلك لو قالت المرأة للقاضي: إن زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلاً لا يجيبها إلى ذلك لأنها لم تجب بعد، واستحسن الإمام الثاني أخذ الكفيل رفقاً بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه، وفي «المحيط» لو أفتى بقول الإمام في سائر الديون كان حسناً رفقاً به لناس قال في «عقد الفرائد»: وهذا ترجيح من صاحب «المحيط» واعلم أن ظاهر ما في «الظهيرية» يفيد أنه يكون كفيلاً بنفقتها عند الثاني ما دام غائباً ويجعل كأنه كفل بما ذاب أي وجب لها عليه ووقع في كثير من العبارات أن الإمام الثاني استحسن أخذ الكفيل بنفقة شهر وقد قالوا: كما في «المجمع» لو كفل لها بنفقة كل شهر لزمته ما دام النكاح بينهما عند أبي يوسف وقالا: يلزمه نفقة شهر **(بكفلت بنفسه)** لأنه حقيقة في معناها.

(و) تصح أيضاً **(بما عبر)** به من أعضائه **(عن)** جملة **(البدن)** كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وبدنه وروحه وذكروا في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا قالوا: وينبغي صحة الكفالة إذا كانت امرأة، كذا في «التتارخانية» وأما القلب فقال بعضهم: إنه وإن ورد إطلاقه على الكل إلا أن استعماله في هذا المعنى لغة وعرفاً نادر، ولم يذكر محمد العين قال البلخي: لا يصح كذا في الطلاق إلا أن ينوي به البدن قال في «الفتح»: الذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما عبر به عن الكل يقال: عين القوم وهو عين الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا

وبجزء شائع وبضمنته وبعليّ وإليّ وأنا زعيم به وقبيل به........................

شك في ذلك، وأما الدم فذكر الشر في الطلاق أنهم صححوا صحة التكفيل به وخرج ما لو كفل بيده أو رجله، وقد مر في الطلاق أنهم لم تعارفوا إطلاق اليد على الجملة وقع الطلاق فكذا في الكفالة (و) تصح أيضاً (**بجزء شائع**) منه بثلثه وبجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها، ولو أضاف الكفيل الجزاء إلى نفسه ككفلت لك نصفي أو ثلثي فإنه لا يجوز، كذا في «السراج» لكن لو قيل: إن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله لم يفترق الحال (**وبضمنته**) أي: تصح أيضاً بهذا اللفظ لأنه تصريح بمقتضى الكفالة لأنه يصير ضامناً للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بالتمليك، وفي «الخانية» لو قال: أنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لا يكون كفيلاً لأنه لم يبين المضمون أهو نفس أو مال وفي «التتارخانية» لو قال: علي حق فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها وعلى هذا لو قال: حتى تلتقيا.

(و) تصح أيضاً (**بقوله علي وإلي**) لأن الأول صيغة التزام ومن هنا أفتى قارئ «الهداية» بأنه لو قال: التزمت بما على فلان كان كفالة والثاني بمعناه هنا ومنه قوله ﷺ: «من ترك مالاً فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي»[(١)] قيل: ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد به العيال ورد بأن المستعمل في التفسير الواو لا أو، وأيضاً الأصل في العطف التغاير (**وأنا زعيم به**) لأنه يسمى زعيماً كما مر فقال تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢] أي: كفيل، ورده الرازي في «شرح الطحاوي» بأنه ليس هناك كفالة بل القائل مستأجر لمن جاء به وهو الذي يلزمه ضمان الأجرة التي عقد عليها لمن جاء به، وجوابه يحمل على أنه كان رسولاً من جهة الملك وكأنه يقول: إن الملك قال لمن جاء حمل بعير ثم يقول من جهته وأنا بذلك الحمل كفيل انتهى. وفي كونه مستأجراً نظر إذ المستأجر مجهول فأنى تصح الإجارة وأيضاً فيه عدول عن الظاهر بما لا داعي إليه إذ على ما ادعى يكون قوله وأنا به زعيم تصريح بما علم من قوله لمن جاء به حمل بعير.

وقال الفخر الرازي: هذه كفالة لرد مال السرقة وهو كفالة لما لم يجب لأنه لا يحل للسارق أن يأخذ شيئاً على رد السرقة ولعل مثل هذه الكفالة كانت تصح عندهم (**وقبيل به**) أي: كفيل يقال: قبل قبالة بفتحها في الماضي وفسرها في المضارع ويسمى الصك قبالة لأنه يحفظ الحق فمعناه القابل للضمان وبقي منه

---

(١) تقدم تخريجه.

لا بأنا ضامن لمعرفته، فإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم.........................

الألفاظ/ حميل بفتح الحاء المهملة بمعنى كفيل به يقال: حمل به حمالة بفتح [٤١٣/ ب] العين في الماضي وكسرها في المضارع قيل: الكفيل لغة أهل العراق، والزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل مصر ولك عندي هذا الرجل أوافيك به على أن ألقاك به أو أودعه إلي (**لا**) يصير كفيلاً (**بأنا**) أي: بقوله أنا (**ضامن لمعرفته**) عندهما وقال أبو يوسف: يصير ضامناً للعرف وجه قولهما أنه إنما التزم معرفته دون المطالبة فيصير كالتزامه الدلالة عليه أو اتفاق عليه والظاهر ما قالا، وفي «الذخيرة» و«الواقعات» و«الخلاصة» وبه يفتى أي بظاهر الرواية، وفي «البزازية» سأل ابن الإمام محمد بن الحسن عن قوله أنا ضامنٍ لمعرفة فلان فقال على قول الإمام وأبيك كفيلاً وعلى قول الإمام الثاني يكون كفيلاً للعرف، لكن المشهور عن الإمام الثاني أنه لا يكون كفيلاً به يفتى في العربي انتهى.

ولو ضمن تعريفه اختلف المشايخ قال في «الفتح»: والوجه اللزوم لأنه مصدر متعد إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه للغريم بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب انتهى. وعن هذا قال في «السراج» لو قال: أنا أعرفه لا يكون كفيلاً، وفي «الخانية» لو قال: معرفة فلان علي قالوا: يلزمه أن يدله عليه انتهى. وقياسه أنه لا يلزمه ذلك في مسألة الكتاب وما مر من أنه صار كالتزامه الدلالة عليه يؤيده ولا يلزم من لزوم دلالته عليه أن يكون كفيلاً بنفسه ليترتب عليه أحكامها (**وإن شرط تسليمه في وقت أحضره**) أي: لزمه إحضاره (**فيه**) أي: في ذلك الوقت أو بعده (**إن طلبه**) لأن التزامه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به، وفي «التتارخانية» كفل بنفس رجل ويسلمه ثم إن الطالب لزم المطلوب فقال له الكفيل: دعه وأنا علي كفالتي أو علي مثل كفالتي لا شك أنه كفالة مؤقتة (**فإن أحضره**) أي: المكفول عنه (**وإلا حبسه الحاكم**) لامتناعه من إيفاء حق مستحق عليه لكن لا يحبسه أول مرة بل حتى يظهر مطله، قال الشر: وينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين إن ثبت الحق بإقراره ولا يعجل بحبسه لعدم ظهور مطله وإن بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله فكذا هذا وهو بحث موافق للمنقول، ففي «البزازية» وغيرها أقر بالكفالة بالنفس أو ثبت بالبينة عند الحاكم قال الخصاف: لا يحبسه فيهما أول مرة وفي ظاهر الرواية كذلك في الإقرار، وأما في البينة فيحبسه ولو أول مرة انتهى.

وكذلك إلا أن يظهر له تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال عليه أو الشهود بذلك

وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه فإن مضت ولم يحضره حبسه وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به فإن سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر ....

فيخرج وينظر إلى القدرة عليه كالإعسار بالدين هذا إذا لم يظهر عجزه ابتداء، فإن ظهر لا يحبسه لكنه لا يحول بينه وبين الكفيل فيلازمه ولا يمنعه من إشغاله، وفي «التتارخانية» لو أضرته ملازمته له استوثق منه بكفيل، وفي «الفتح»: عن «الواقعات» كفل بنفس محبوس فلم يقدر أن يتأتى به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره، وفي «السراج»: كفل ثلاثة رجل بنفسه كفالة واحدة فأحضر أحدهم برؤوا جميعاً ولو متفرقة لم يبرأ الباقون (**فإن غاب**) المكفول عنه وطلب الغريم منه إحضاره (**أمهله**) الحاكم ولا يحبسه (**مدة ذهابه وإيابه**) بالكسر أي: رجوعه فإن أبى حبسه من غير إمهال كما في «البزازية» وقيده في «التتارخانية» بما إذا لم يكن بالطريق عذر، فإن كان لا يؤاخذ الكفيل به (**فإن مضت ولم يحضره حبسه**) لتمرده عن الوفاء عما لزمه بالتزامه.

(**وإن غاب ولم يعلم مكانه**) إما بتصديق الطالب، كما في «الشرح» أو ببينة أقامها الكفيل أنه غاب غيبة لا تدرى كما في «القنية» (**لا يطالب به**) لظهور عجزه وهو يلازمه، ذكر السرخسي أنه يلازمه، وشيخ الإسلام أنه لا يلازمه كذا في «التتارخانية»، ولو اختلفا فإن كانت له خرجة معروفة أي موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه وإلا فللكفيل فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر بالذهاب إليه ولم أرَ ما لو أقاما بينتين وينبغي أن تقدم بينة الطالب لأن معها زيادة علم، ولو ارتد ولحق بدار الحرب أمر الكفيل بالذهاب إليه إن كان بيننا وبينهم مواعدة وإلا يطالب به، ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة واللحاق وإن كان موتاً فهو حكمي في ماله ليعطي الأقرب إليه أما حقوق العباد فثابتة على حالها وفي كل موضع، قلنا: بالذهاب إليه للطالب أن يستوثق الكفيل بكفيل آخر وأفاد في «الخانية» أن للكفيل بالنفس أن يمنع المطلوب عن السفر إن كانت الكفالة حالة حتى يخرجه عن عهدتها وإن كانت مؤجلة ليس له منعه قبل حلول الأجل انتهى. ويأتي فيه ما مر في الدين المؤجل من أنه يقال له: إن شئت فاخرج معه إلى أن يحل وقت الكفالة فامنعه من السفر وينبغي أن يلزم الطالب بأن يقول يعود معه إلى المطلوب والله الموفق.

(**فإن سلمه**) إليه فإن بعد طلبه برئ مطلقاً وإلا فلا/ بد أن يقول: سلمته إليك [٤١٤/أ] بحكم الكفالة (**بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر**) من الأمصار ويشترط عندهما أن يكون هو المصر الذي كفل فيه، وعند الإمام ليس بشرط وقولهما أوجه

برئ ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثمة ....

كما في «الفتح» والخلاف مقيد بما إذا كان في المصر الآخر سلطان أو قاض وكانت الكفالة غير مقيدة بمصره وإلا فلا يبرأ اتفاقاً، كذا في «التتارخانية» وفيه بحث لأنه إذا لم يكن فيه سلطان ولا قاض فليس بمصر (برئ) سواء وقته فيسلمه قبله أو لا لأنه أتى بما التزمه وقد حصل مقصود الطالب والتأجيل حق الكفيل وله إسقاطه واحترز بقوله بحيث إلخ عما لو سلمه في برية أو سواد، وما في «القنية» لو كان المكفول جاء لسامع قوم في مدرسة فجاء الكفيل بالمكفول عنه وقال: هذا هو المكفول عنه فلم يجلس بل مر وخرج إلى باب آخر فهذا القدر تسليم منه انتهى. ينبغي أن يحمل على ما إذا كان التسليم بعد الطلب وظاهر أن قوله بحيث يعذر خرج مخرج الشرط في صحة تسليمه سواء كان ذلك بعد طلبه أولا، وما في «القنية» لو سلمه ليلاً في مكان لا يمكنه القضاء وفرَّ منه، فإن كان التسليم بطلبه يخرج عن العهدة والظاهر ضعفه.

(**ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه**) الكفيل (**ثمة**) أي: في مجلس القاضي حتى لو سلمه في السوق لا يبرأ وهذا قول زفر وبه يفتى لأن الشرط مقيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه ومحل الخلاف ما إذا كان أهل البلد لا يطيقون الغريم من الطالب فإن كانوا يطيقونه لا يبرأ بتسليمه في السوق اتفاقاً، وفي «الواقعات الحسامية» جعل هذا رأياً للمتأخرين لا قولاً لزفر ولفظه: والمتأخرون من مشايخنا يقولون: جواب الكتاب أنه يبرأ إذا سلمه في السوق أو في مواضع أخر في المصر بناء على عاداتهم في ذلك الزمان، أما في زماننا فلا يبرأ لأن أكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مفيداً فيصح وبه يفتى انتهى. وهو الظاهر إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان في ذلك الزمان، وفي «التتارخانية» شرط تسليمه عند الأمير أو عند هذا القاضي فسلمه عند قاضٍ آخر جاز، وفي «فتح القدير» شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولي غيره فرفعه عند الثاني جاز، ذكره في «الخلاصة» ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ وفي «العيون» لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد: لا يبرأ لأنه في الحبس، ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ، ولو قال المطلوب في السجن: دفعت نفسي إليك عن كفالته كان جائزاً أيضاً، وفي «المحيط» كفل برجل غائب أو محبوس يجوز لأنه كفل غير واجب على الأصيل وهو تسليم نفسه وهو مقدور التسليم لأنه يعرف مكانه فيمكنه أن يذهب ويأتي به وعليه ما على المحبوس ويخلصه من السجن انتهى.

وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته..........................

(**وتبطل**) الكفالة بالنفس (**بموت المطلوب**) لتحقق عجز الكفيل عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل بالموت فيسقط الإحضار عن الكفيل وسيأتي فيما لو كفل برقبة عبد فمات (و) بموت (**الكفيل**) لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب الذي هو بالنفس، بخلاف الكفيل بمال إذا مات لأن ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به القائم عليه بعده وقيل: لا تبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه بإحضاره، ذكره الكرخي في باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال، كذا في «السراج» (**لا**) تبطل بموت (**الطالب**) لأن وصيه أو وارثه يخلفه فلو ترك ورثة وسلمه الكفيل إلى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبتهم بإحضاره، ولو سلمه لأحد الوصيين برئ بالنسبة إليه وللآخر مطالبته، كذا في «الينابيع» وقد يشكل على هذا قولهم أحد الورثة ينتصب خصماً فيما له وفيما عليه وفي «منظومة ابن وهبان» قيل تبطل بموت الطالب، وعزاه في «الشرح» إلى النتف وقال: إنه غريب لا يعرف في غيره والمذهب ما قاله المص كغيره (**وبرئ**) الكفيل (**بدفعه**) أي: المكفول (**إليه**) أي: الطالب (**وإن لم يقل**) وقت التكفيل (**إن دفعته فأنا برئ**) لأن موجب الدفع البراءة فتثبت وإن لم ينص عليها، وقدمنا أن الدفع إن كان قبل الطلب فلا بد أن يقول سلمه إليك بحكم الكفالة، ولو أبى الطالب أن يقبل أجبر على معنى أنه ينزل قابضاً.

واعلم أن الطالب نعم الوكيل فلو كان الأخذ للكفيل وكيل رب الدين فسلمه إليه وقد أضافه إلى نفسه برئ، وإن أضافه إلى موكله لا يبرأ، ولو سلمه إلى الموكل برئ كذا في «التتارخانية» والوصي فلو سلمه إلى الورثة أو الغريم لا يبرأ كما في «البزازية»، والقاضي فلو أخذ المدعى عليه كفيلاً بالنفس فسلمه الكفيل إلى المدعي لا يبرأ ولو إلى القاضي برئ هذا أداء لم يضفه القاضي إلى المدعي، فإن أضافه إليه بأن قال: إن المدعي يطلب منك كفيلاً بالنفس فأعطاه انعكس الحكم كما في «الخانية» / [٤١٤/ب] وذكر هذه المسألة هنا لغرض هو أن المقصود من الكفالة إنما هو التوثيق لاستيفاء الحق، فما لم يستوف يجب عليه تسليمه مرة بعد أخرى فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة إنما يوجب التسليم مرة لا يفيد التكرار قاله أبو الليث (و) برئ الكفيل أيضاً (**بتسليم المطلوب نفسه**) أي: المكفول له (**من كفالته**) لأن المطلوب مطالب بالتسليم، فإذا سلم نفسه فقد حصل المقصود وفي قوله من كفالته إيماء إلى أنه لا بد أن يقول: سلمت لك من كفالة زيد، فإن لم يقله لا يبرأ

وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله، فإن قال: إن لم أواف به غداً فهو ضامن لما..........

نص عليه في «الخانية»، ويجبر الطالب على القبول هذا إذا كانت الكفالة بالأمر فإن كانت بغيره لا يبرأ، كذا في «السراج» معزياً إلى «الفرائد» والوجه فيه ظاهر لأنها إذا كانت بغيره لا يبرأ لا يلزم المطلوب الحضور فليس مطالباً بالتسليم فإذا سلم نفسه لا يبرأ الكفيل.

(و) برئ أيضاً (**بتسليم وكيل الكفيل ورسوله**) لأنهما نائبان عنه فكان فعلهما كفعله وأراد رسوله إليه لأنه رسوله إلى غيره كالأجنبي ولا بد أن يقولا: سلمناه إليك بحكم الكفالة فلو قال: وبتسليم نائبه لكان أجود وأفرد لأن كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضاً كما في «التتارخانية»، ولو سلمه أجنبي عن الكفيل فإن قبل الطالب برئ الكفيل لا إن سكت (**وإن قال**) الكفيل بالنفس (**إن لم أواف به غداً**) أو إن لم أدفعه إليك غداً أو إن غاب عنك (**فهو ضامن لما عليه فلم يواف به**) أو عندي لك هذا المال كما في «الخانية» (**أو مات المطلوب ضمن المال**) لأن الكفالة به متعلقة بشرط متعارف وهو عدم الموافاة فتصح ولو قال: إن غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة، كذا في «الخانية» قيد بقوله: إن لم أوافه به لأنه لو قال: إن وافيتك به غداً فعلي ما عليه ثم وافى به لم يلزمه المال لأنه شرط لزومه إن أحسن إليه، كذا في «منية المفتي» يعني أنه تعليق بشرط غير متعارف، ولو كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه إن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطلب بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح وإذا لم تصح يتحقق العجز الموجب للزوم، كذا في «البزازية».

وفي «القنية» كفل بنفسه وقال: إن عجزت عن تسليمه في ثلاثة أيام فعلي المال ثم حبس بحق أو بغير حق أو مرض مرضاً يتعذر إحضاره يلزمه المال بعد الثلاث، وفي «منية المفتي» كفلت بنفسي فلان على أني إن لم أوافك غداً فعلي الألف وقبل المكفول له صح، وإن لم يقل الألف الذي ادعيتها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي «الخلاصة» كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى الغد ولم يواف به وفلان يقول: لا شيء عليه والطالب يدعي ألفاً والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قوله الآخر: وهو قول محمد لا شيء عليه انتهى. قيد بموت المطلوب لأن الكفيل لو مات قبل مجيء الوقت وجب المال في تركته بمضي الوقت إليه أشار في «الأصل» وطولب بالفرق بين موت المطلوب وما لو برأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت فلم يحضره لا يجب المال عليه لعدم بقاء الكفالة بالنفس وبالموت زالت أيضاً.

عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال ومن ادَّعى على آخر مائة دينار فقال رجل: إن لم أواف به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة.........

وأجيب: بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ في كل وجه والانفساخ بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر إذ لا ضرورة إلى تعديه إلى الكفالة بالمال، كذا في «الفتح»، ولو اختفى المكفول له فلم يجده الكفيل أو اشترى بالخيار فتوارى البائع أو حلف ليقبضن دينه اليوم فتغيب الدائن أو جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيبت فالمتأخرون على أن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب في الكل وهو قول أبي يوسف، كذا في «الخانية»، وفي «الخلاصة» قال أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف، ولو فعله القاضي فهو حسن وفي «البزازية» إذا علق المال بعدم الموافاة لا يصدق الكفيل على الموافاة إلا بالحجة.

فرع: أخذ كفيلاً بنفس رجل ووكيلاً في خصومته ضامناً قضي عليه به جاز، فإن دفع المكفول به إلى الطالب برئ عن الكفالة بالنفس وبقي وكيلاً وكفيلاً بالمال، ولو شرط أنه متى أوفى المكفول به كان بريئاً عن الكل برئ عن الكفالتين لأن تعليق البراءة عن المكفول جائز، وتعليق العزل والحجر بالشرط لا يجوز، كذا في «المحيط».

(**ومن ادعى على آخر مائة دينار**) سواء بينها بأن قال: جيدة أو رديئة هندية أو مصرية تصحيحاً لدعواه أو لم يبينها، وقول الشر: لا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها بأن تعلق رجل على رجل حقاً ولزمه فقال: لي عليك حق ولم يدع عليه مالاً مقدراً فقال له رجل آخر: دعه فأنا كفيل بنفسه فإن لم أواف به غداً فعلي المائة دينار فادعى المدعي وأثبتها لزم/ الكفيل معناه لا فرق بين أن يذكر المائة أو لا، والعذر [٤١٥/أ] للمص أنه فرض المسألة فيما لو ادعى، وقد جمع في «الجامع الصغير» بينهما حيث قال محمد: عن يعقوب على أبي حنيفة في رجل لزم رجلاً وادعى عليه بمائة دينار بينهما أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع بمائة دينار فقال له رجل دعه فأنا كفيل بنفسه إلى غد، فإن لم أواتك به فعلي مائة دينار في الوجهين جميعاً إذا ادعى صاحب الحق أنه له وأراد بالوجهين ما إذا ادعى المائة بينها أو لا، وما إذا لم يدع شيئاً حتى لو كفل له، ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل ولو تبعه المص لكان أولى.

(**فقال رجل: إن لم أواف به غداً فعليه المائة**) التي بينها المدعي إما بالبينة أو بإقرار المدعى عليه، وهذا قول الإمام والثاني آخراً، وقال محمد: إن لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه، وجعل في «الخلاصة» قول أبي يوسف الآخر مع محمد وللمشايخ طريقتان في توجيه قوله الآخر: الأولى أنه لما بينها إليه كانت رشوة التزمها

ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود...........................

الكفيل عند عدم الموافاة وهذا لا يمنع صحة الكفالة بالنفس وعليها عول الماتريدي، الثانية: إن الدعوى غير صحيحة لجهالة المدعى به من غير بيان وفيها لا يجب إحضاره إلى مجلس القضاء فلم تصح الكفالة بالنفس، والكفالة بالمال مبنية عليها وبطلان الأصل يوجب بطلان الفروع وإليها مال الكرخي قال في «العناية»: وهذا يقتضي الصحة إذا كان المال معلوماً عند الدعوى ولهما إن أمكن تصحيح هذه الكفالة، أما إذا بين المال عند الدعوى فلأنه ذكره معرفاً فينصرف إلى ما عليه وتكون البينة موجودة، وأما إذا لم يبين فلأن العادة جرت بالإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعاً لحيل الخصوم فتصبح الدعوى على اعتبار البائن، فإذا بيّن التحق البائن بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة أولاً فيترتب عليها صحة الثانية، وأنت خبير بأن المائة في عبارة «الجامع الصغير» المتقدمة منكرة، وكذا في «المبسوط» وغيره.

قال في «الفتح»: فالوجه أن يترك المقدمة الأولى ويقال: إنه إذا ظهرت الدعوى بألف ظهر أنه أراد الألف التي يدعيها حكمنا بأن الكفيل كان يبدي خصوص دعواه تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين يقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر، وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر، فإذا ظهرت ظهر أنه إنما كفل للمدعي بها، ولو كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز استحساناً وهو قول محمد لا قياساً وهو قول أبي يوسف، ذكره قاضي خان وجعل في «المحيط» الخلاف على العكس وأن أبا حنيفة مع الثاني والله الموفق.

(**ولا يجبر**) المدعى عليه (**على الكفالة بالنفس في**) دعوى (**حد و**) لا (**قود**) بأن يحضره الكفيل إلى مجلس القضاء لإثبات ذلك عليه وهذا قول الإمام وقالا: يجبر في حد القذف لأنه فيه حق العبد وفي ذلك القصاص لأن المغلب فيه حقه، ومعنى الجبر هنا هو الملازمة بأن يدور معه الطالب حيث دار كيلا يتغيب عنه، وإن أراد دخول داره فإن شاء المطلوب أدخله معه وإلا منعه الطالب عنه لهما أنها شرعت لتسليم النفس الواجب على الأصيل فصحت به وله إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: «لا كفالة في حد»[1] قال في «غاية البيان»: ولنا في رفعه نظر بل هو من كلام شريح قيد بالجبر لأن المدعى عليه لو سمح به جاز اتفاقاً بخلاف غيرهما من الحدود الخالصة كالزنا وشرب الخمر فإن الكفالة بها لا تجوز، وإن طابت نفسه وبدعواهما لأن الكفالة

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (١٩٤٤) (٥/٣٢).

ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل..........

بنفسهما لا تجوز إجماعاً إذ لا يمكن استيفاؤهما في الكفيل، وألحق التمرتاشي والمحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين وقيد بالقصاص لأنه في القتل والجراحة خطأ يجبر على الكفيل، يعني إجماعاً لأن الموجب هو المال، ولا خلاف أيضاً أن يجبر في التغرير لأنه من حقوق العباد وظاهر كلامهم إنما كان منه حقاً لله تعالى لا تجوز الكفالة به (**ولا يحبس**) المدعى عليه (**فيهما**) أي: في الحدود والقصاص (**حتى يشهد شاهدان مستوران أو**) واحد (**عدل**) يعرفه القاضي بذلك لأن الحبس هنا للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات وهي تثبت بأحد شرطي الشهادة وقد حبس عليه الصلاة والسلام رجلاً بالتهمة[1]، وذكر في «أدب القاضي» أنه على قولهما لا يحبس فيهما بشهادة العدل لحصول الاستيثاق بالكفالة. قال في «البحر»: وكلامهم هنا يدل ظاهراً على أن للقاضي أن يعذر المتهم وإن لم يثبت عليه، وذكر أنه كتب في ذلك رسالة، والذي يخصنا منها هنا أن ما كان من التغرير حقاً له تعالى فإنه لا يتوقف على دعوى ولا على ثبوت، بل إذا أخبر القاضي عدل بما يقتضيه فعليه لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو واحد عدل والحبس تعزير انتهى. فإن قلت: ينبغي/ [٤١٥/ب] أن يكون هذا رأي المتقدمين من جواز قضاء القاضي بعلمه، أما على رأي المتأخرين وهو المفتى به من أنه لا يقضي بعلمه في زماننا فينبغي أن يتوقف على الثبوت.

قلت: يجب أن يحمل الخلاف على ما كان من حقوق العباد، أما حقوق الله تعالى فيقضي فيها بعلمه، ويدل على ذلك ما في «الخانية» و«الظهيرية» و«الخلاصة» و«البزازية» الرجل إذا كان يصوم ويصلي ويضر الناس باليد واللسان وذكر بما فيه لا يكون غيبة وإن أخبر السلطان بذلك ليزجره فلا إثم عليه انتهى. وفي التعبير بالإخبار إيماء إلى أنه لا يحتاج فيه بلفظ الشهادة ولا إلى مجلس القضاء، وظاهر أن الإخبار كما يكون باللسان يكون بالبنان فإذا كتب إلى السلطان بذلك ليزجره جاز وكان له أن يعتمد عليه حيث كان معروفاً بالعدالة، وقد اكتفوا في الحرج والتعديل بكتابة المعدل إلى القاضي وكلامهم يعطي أن الحرج المجرد في حقوق الله تعالى مقبول وعلى هذا ما يكتب من المحاضرة في حق إنسان، فإن للحاكم أن يعتمده من العدول ويعمل بموجبه في حقوقه تعالى، وقد أفتيت بأنه لا شيء على الكتاب بذلك ومن أفتى فيه بوجوب التعزير فقد أخطأ، والفرع المتقدم ينادى بخطئه

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٤١٧)، وأبو داود في سننه (٣٦٣٠).

وبالمال ولو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً.........................

والله الموفق. بقي جواز الكفالة في حقوق العباد كالديون وهو ظاهر في عدم جوازها في حقوقه تعالى (**وبالمال**) عطف على بالنفس أطلقه فشمل ما إذا كان الأصيل مطالباً به الآن أو لا فتصح عن العبد المحجور بما يلزمه بعد العتق بالاستهلاك أو قرض ويطالب الكفيل الآن كما لو أفلس القاضي المديون وله كفيل، فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل دون الكفيل، كذا في «التتارخانية» (**ولو**) كان المال (**مجهولاً**) لابتنائها على التوسع وقد أجمعوا على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع (**إذا كان ديناً صحيحاً**) وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فلا يجوز ببدل الكتابة ولا بدين على كل من دخل في كتابته لسقوطه بدونهما وبدل السعاية كبدل الكتابة عنده خلافاً لهما كذا في «البزازية» وغيرها وكان الحق ببدل الكتابة وإلا فهو دين صحيح بهذا التفسير فإن قلت: دين الزكاة كذلك ولا تصح الكفالة به. قلت: إنما لم يصح لأنه ليس ديناً حقيقة من كل وجه.

تنبيه: يستثنى من صحة الكفالة بالدين الصحيح ما لو كان لهما دين على رجل فكفل أحدهما لصاحبه حصته فإنه لا يجوز لأنه تعذر تصحيحها بنصف مقدر، لأن قسمة الدين قبل قبضه لا تجوز أو شائعاً لأنه يصير كفيلاً لنفسه لأن له أن يأخذ من المقبوض نصفه، كذا في «المحيط» وقالوا: لو أعتق عبده على مال صحت الكفالة، ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره بدفعه لمولاه من مكاتبته أو دين سوى ذلك جاز، لأن ذلك المال واجب للمكاتب على الكفيل وهذا أمر منه أن يدفع عليه لمولاه، كذا في «البزازية» وهو ظاهر في أن هذا ليس بكفالة ببدل الكتابة فلا يرد بل إذن الدين ومقتضاه أن للمكاتب أن يرجع على الآمر بالدفع ولا يصح أن يكون حوالة، إذ لو كانت لعتق المكاتب، وفي «التتارخانية» لو ضمن بدل الكتابة وأدى رجع بما أدى يعني إذا كانت الكفالة بأمره، وفي «البزازية» دفع إلى محجور دراهم لينفقها على نفسه فكفل بها إنسان لا يصح ولو قال له: ادفع له العشرة على أني ضامن لك جازت، فطريقه أن يجعل الضامن مستقرضاً من الدافع والصبي نائب عنه في القبض، وكذا الصبي المحجور إذا باع شيئاً فكفل رجل بالدرك للمشتري إن بعد قبض الصبي الثمن لا يجوز ولو قبضه جاز، ولو اشترى متاعاً فضمن رجل الثمن للبائع عنه يلزم الكفيل الثمن ولو ضمن المتاع بعينه جاز، وفي «المحيط» كانا في سفينة فانتهيا إلى مكان قليل الماء فقال أحدهما لصاحبه: ألق متاعك في الماء على أن متاعي بيني وبينك على أنه فاسد ويضمن لصاحبه قيمة متاعه لأن تعليق التمليك

بكفلت عنه بألف..

بالشرط لا يصح فبقي ضامناً له نصف قيمة متاعه انتهى. وفي «جامع الفصولين» كفل مسلم عن ذمي بخمر للذمي قيل: لا يصح مطلقاً، وقيل: لو كان الخمر بعينها عند المطلوب يصح على قياس قول الإمام إذ يجوز عنده للمسلم أن يلزمه نقل الخمر كما لو أجر نفسه لنقله .وفي «البزازية» صادر الوالي رجلاً وطلب منه مالاً وضمن ذلك رجل وبذل الحظ ثم قال الضامن: ليس لك علي شيء لأنه ليس لك علي شيء، قال شمس الأئمة: والقاضي يملك المطالبة لأن المطالبة الشرعية كالمطالبة الحسية، ثم قال بعد ضمان الجنايات على قول عامة المشايخ: لا يصح، وقد ذكرنا أن فخر الإسلام وجماعة قالوا: يصح وجعلوا المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية.

تتمة: ذكر الطرسوسي في مؤلف له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال/ بيت المال مستدلاً بأن عمر رضي الله تعالى عنه صادر أبا هريرة [٤١٦/أ] انتهى. وذلك حين استعمله على البحرين ثم عزله وأخذ منه اثني عشر ألفاً فدعاه بعد ذلك إلى العمل فأبى. أخرجه الحاكم وابن أبي حاتم[1]، وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجيبون أمواله ومن ذلك كتبته إذا توسعوا في الأموال لأن ذلك دليل خيانتهم ويلحق بهم كتبة الأوقاف ونظارتها إذا توسعوا وعمروا الأماكن التي لا تنال إلا بعظيم المال وتعاطوا أنواع الملاهي في أغلب الأحوال فللحاكم أخذ الأموال منهم وعزلهم، فإن عرف خيانتهم في وقف معين رد المال إليه وإلا وضعه في بيت المال والله أعلم، بحقائق الأحوال (**بكفلت عنه بألف**) نبه بذلك على أنه لا بد أن يأتي بصيغة تدل على الالتزام كما مثل، ومن ذلك ضمنت على إلي أما لو قال: دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه أنا أقبضه لا يصير كفيلاً، كذا في «جامع الفصولين» لما عرف من أن المواعيد لا تصير لازمة إلا باكتساب صور التعليق وقد مر. قال في «البحر»: وقدمنا عن «التتارخانية» أنه لو قال: لك عندي هذا الرجل كان كفيلاً بنفسه، وعلى هذا لو قال: لا تطالب فلاناً مالك عندي لا يكون كفيلاً بالمال وقد أفتيت به، وقدمنا عن «الخانية» في المعلقة بعدم الموافاة أن عندك كعلي فعلى هذا يكون كفيلاً في التعليق فقط انتهى.

وأقول: صرح في «الخانية» أن عند تفيد اللزوم إذا أضيفت إلى الدين غير مقيد بالتعليق فإذا طالبه بدينه فقال: لا تطالب مالك عندي كان كفيلاً هذا هو الظاهر فتدبره .وفي «البزازية» ضمنت لك ما على فلان أن أقبضه وأدفعه فهذا على أن

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/٣٧٨).

وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما بايعت فلاناً فعليّ،...............

يقبضه ويدفعه إليه لا على ضمان المال وعلى هذا معاني كلام الناس، ولو ضمن ألفاً على أن يؤديها من ثمن الدار هذه فلم يبعها لا ضمان على الكفيل ولا يلزمه بيع الدار، ولو كفل عنه بألف على أن يعطيها من وديعته التي عنده جاز إذا أمره بذلك، وليس له أن يسترد الوديعة منه فإن هلكت برئ والقول فيها للكفيل وإن غصبها المودع أو غيره برئ الكفيل ولم أرَ هل له بيعها ودفع الدين منها، وفي «الخانية» اشهدوا أني ضمنت لزيد الألف التي له على فلان فبرهن المديون على قضائها قبل الكفالة فبرئ الأصيل دون الكفيل لإقراره بها، ولو على القضاء بعدها برئا جميعاً، ومثل للمجهول بأربعة أمثلة أحدها ما أفاد بقوله: (**وبما لك عليه**) أي: وتصح أيضاً بكفلت عنه بما لك عليه وما ترتضي به من أنه لو قال: كفلت لك ببعض ما على فلان لم يصح ممنوع، بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يعين أي مقدار شاء كذا في «الفتح»، وفي «البدائع» وأما كون المكفول معلوم الذات أو القدر فليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير معين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه جاز، ويبرأ بدفع واحد منهما للطالب، ولو كفل بمال فلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز، ولو قال: كفلت لك بما لك على أحد هذين الرجلين صحت والتعيين للمكفول له لأن الجهالة يسيرة.

(و) يصح أيضاً بكفلت عنك (**بما يدركك**) أي: يتبعك، والدرَك بفتح الراء وسكونها التبعية (**في هذا البيع**) من الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع، فإذا استحق كان للمشتري أن يخاصم البائع أولاً فإذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له أن يأخذ الثمن من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أن له ذلك، وأجمعوا أن المبيع لو ظهر حراً كان له أن يخاصم أيهما شاء، كذا في «السراج» وفي «البزازية» ولا يرجع على الكفيل بقيمة البناء والغرس.

(و) تصح أيضاً بقوله: (**ما بايعت فلاناً فعلي**)، فإذا بايعه كان عليه ما يجب بالمبايعة الأولى، ولو باعه مرة بعد أخرى لا يلزمه شيء في الثانية ذكره في «المجرد» عن الإمام نصاً، وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف أنه يلزمه كله، كذا في «الفتح» وفي «المبسوط» لو قال: متى وإذا أو إن بايعت لزمه الأول فقط بخلاف كلما وما انتهى. وزاد في «المحيط» الذي. وفي «البزازية» بايع فلاناً على ما أصابك من خسران فعلي لا يصح، وفيها تبعاً «للمبسوط» لو رجع من هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته لم يلزمه بعد ذلك شيء، ولم يشترط الولوالجي نهيه عن الرجوع

وما ذاب لك عليه فعليّ وما غصبك فلان فعليّ، وطالب الكفيل أو المديون إلا إذا شرط البراءة فحينئذٍ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة..........

حيث قال: لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبايعة لم يلزم الكفيل شيء وفي الكفالة بالذوب لا يصح، والفرق أن في الأولى مبنية على الأمر دلالة وهذا الأمر غير لازم، وفي الثانية مبنية على ما هو لازم انتهى. وهو ظاهر.

(و) تصح أيضاً بقوله: (**ما غصبك فلان فعلي**)، هذا هو الرابع من أمثلة الكفالة بالمجهول وفي الكل فيشترط القبول إلا أنه في «البزازية» قال: طلب من غيره قرضاً فلم يقرضه، فقال رجل: أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن، فأقرضه في الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحاً ويكفي هذا القدر انتهى. وينبغي / أن يكون ما بايعت فلاناً أو ما غصبك فعلي كذلك إذا بايعه أو غصب منه للحال، قيد بكون الغاصب معيناً لأنه لو قال: إن غصب مالك إنسان فأنا ضامن لا يصح، كما في «البزازية» ولو قال: ما غصبك أهل الدار فأنا له ضامن لا تصح، لجهالة المكفول عنه لا يصح بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين: ما بايعتموه فعلي فإنه يصح فأيهم بايعه فعلى الكفيل، والفرق أنه في الأولى ليسوا معينين معلومين عن المخاطبين، وفي الثانية: معينون، والحاصل أن جهالة المكفول تمنع صحة الكفالة مطلقاً وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع نحو كفلت بمالك على فلان أو فلان كذا في «الفتح». [٤١٦/ ب]

وفي «المحيط» ضمنت لك هذا وإن شئت هذا فإنه يضمن الأول انتهى، ولو غصب منه عقاراً وأتلفه لا ضمان على الكفيل لعدم تحقق الغصب فيه فلم يتناوله لفظه، وفي «البدائع» إن غصب فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عندهما خلافاً لمحمد بناء على تحقق غصب العقار عنده (**وطالب**) المكفول له (**الكفيل**) إن شاء، وطالب المكفول عنه لأنه موجب الكفالة وعبارته لا تفيد أن له مطالبتهما ومن ثم زاده الشر ولو قال: وطالبهما لإفادة وعلم أن له مطالبة أحدهما بالأولى ولأغناه ذلك عن قوله بعد، ولو طالب أحدهما كان له أن يطالب الآخر وفيه إيماء إلى أن له حبسها وحبس أحدهما، قال في «البزازية»: وإذا حبس الكفيل يحبس المكفول عنه معه، دلت المسألة عن جواب الواقعة وهو أن المكفول له يتمكن من حبس الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل وإن كثروا وظاهر أنه إنما يطالبهما إذا كان الدين حالاً عليهما، أما إذا كان حالاً على أحدهما فقط اقتصر الطلب عليه (**إلا إذا شرط**) المديون (**البراءة فحينئذٍ تكون**) الكفالة (**حوالة**) فتجري فيها أحكامها فلا يطالب الأصيل إلا بالقوي (**كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها**) بالحوالة (**المحيل كفالة**)

ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كإن استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء كإن قدم زيد وهو مكفول عنه...........

اعتباراً للمعنى فيها مجازاً ونظيره الوصاية حال الحياة وكالة، والوكالة بعد الموت وصاية فإن قلت قد قالوا: إن العارية مدة معينة بأجرة إجارة وبغير أجر ليست إعارة بل إجارة فاسدة.

قلت: إنما لم يكن إعارة لأن الإجارة تقبض العوض والعارية عدمه فلم يستعر الإجارة للإعارة (**ولو طالب أحدهما**) كان (**له أن يطالب الآخر**) بخلاف المغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك، وفي «البزازية» اختار المالك تضمين الغاصب الأول ورضي به الغاصب أو لم يرض لكن حكم له بالقيمة على الأول فليس له أن يرجع ويضمن الثاني، وإن لم يرضَ به الأول ولم يحكم به كان له أن يرجع ويضمن الثاني، وإن اختار الأول ولم يعطه شيئاً وهو مفلس فالحاكم يأمر الأول بقبض ماله على الثاني ويعطيه له، فإن أبى المالك يحضرهما ثم تقبل البينة على الغاصب الثاني للغاصب الأول ويأخذ ذلك من الثاني فيقبضه انتهى. وفيه تقييد للإطلاق الأول (**ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم**) أي: موافق لمقتضى العقد وذلك أحد أمور ثلاثة نبه على الأول بقوله: (**كشرط وجود الحق**) أي: لزومه (**كإن استحق المبيع**) فعلى الثمن فإن استحقاقه سبب لوجود الثمن على البائع للمشتري.

وفي «الخلاصة» قال للمودع: أتلف المودع وديعتك أو جحدك فأنا ضامن لك صح، وكذا إن قتلك أو قتل أبيك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح، وفي «المحيط» لو قال: إن شجك أو قطع يدك أو قتل عبدك أو غصبك كذا فأنا ضامن لقيمته ورضي به المضمون له فهو جائز (**ولإمكان الاستيفاء كإن قدم زيد**) فعلي ما عليه وهو معنى قوله (**وهو**) أي: والحال أنه (**مكفول عنه**) لأن قدومه سبب للاستيفاء منه قيد بكونه مكفولاً عنه لأنه لو كان غير مكفول عنه لا يصح التعليق، كذا في «الفتح» وما في «القنية» لا يصح التعليق بشرط غير متعارف كدخول الدار وقدوم زيد إلا أن الأصح ما ذكره أبو نصر أنه يصح بقدوم زيد ذكره في «تحفة الفقهاء» محمول على أنه مكفول عنه، قال في «البحر»: والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولاً عنه لظاهر ما في «القنية» ولقوله في «البدائع»: إن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو مضاربة انتهى، فهذه العبارة إزالة اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس.

وأقول: كون ما في «القنية» ظاهر فيما ادعاه ممنوع لأن عبارته تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح، وقال القدوري في «مختصره»: ويجوز تعليق

أو لتعذره كإن غاب عن المصر، ولا يصح بنحو إن هبت الريح وإن جعلا آجلاً فتصح الكفالة ويجب المال حالاً.........................

الكفالة بالشرط، قال الأقطع: إن كان الشرط لوجود الحق أو لإمكان الاستيفاء جاز التعليق كإن استحق المبيع أو قدم زيداً لأن الاستحقاق / للوجوب وقدوم زيد قد [١/٤١٧] يسهل به الأداء بأن يكون مكفولاً عنه أو مضاربة ثم قال: الأصح ما ذكره أبو نصر أنه يصح لقدوم زيد، وقد نص به في «تحفة الفقهاء» انتهى. نعم قوله أو مضاربة يعلم منه أنه لو كان القادم مكفول مديون المكفول عنه أو مودعه أو غاصبه جازت الكفالة المعلقة بقدومه لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة، ويحمل قوله في «الفتح» فلو كان غير مكفول عنه على ما إذا كان أجنبياً محضاً وقوله في «الكتاب» أو لإمكان الاستيفاء يشمل ذلك وقوله: كإن قدم إلخ مثال فقط وهذا فقه حسن فتدبره.

واعلم أنه يصح تعليق البراءة منها بقدوم الأصيل ففي «البزازية» ضمنت لك عن فلان ألفاً فإذا قدم فلان فأنا بريء منه إن كان فلان غير بماله بألف جاز شرط البراءة، وإن كان فلان ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذه الألف تصح الكفالة ويبطل شرط الكفالة انتهى، **(ولتعذره)** أي: الاستيفاء **(كإن غاب عن المصر)** فعلي ما عليه لأن غيبته سبب لتعذر الاستيفاء منه، ومن ذلك ما في «الدراية» ضمنت كل مالك على فلان إن تؤدي وكذا إن مات ولم يدع شيئاً فهو ضامن، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي، وإن حل مالك على فلان أو إن مات فهو علي، وقدمنا عن «الخانية» إن غاب ولم أوفك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يواف به بعد الغيبة، وعن محمد إن لم يدفع مديونك أو لم يقضه فهو علي ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون: لا أدفعه ولا أقبضه وجب على الكفيل اتباعه وعنه أيضاً إن لم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ولو بعد التقاضي قال: أنا أعطيك، فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله وأعطاه جاز، وإن طال ذلك ولم يعطه لو الكفيل مأذون مديون طولب بكفيل خوفاً من عتق المولى فقال رجل: إن أعتقه مولاه فأنا ضامن جازت الكفالة،

وفي «القنية» إن يود فلان مالك عليه ستة أشهر فأنا ضامن له يصح التعليق، لأنه شرط متعارف **(ولا يصح)** تعليق الكفالة **(نحو إن هبت الريح)** أو جاء المطر أو إن دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه مما ليس ملائماً **(فإن جعلا أجلاً تصح الكفالة ويجب المال حالاً)** هكذا وقع في نسخة الشر قال: وهكذا ذكر في «الهداية» و«الكافي» وهو سهو، فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزم المال لأن الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم، ذكره قاضي خان

فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه وإلا صدق الكفيل فيما أقرّ بحلفه............

وغيره انتهى، وعبارة «الهداية» فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إذا جعل واحداً منهما آجلاً إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق انتهى، فهذا التعليل ظاهر فيما فهمه الشر من أنه في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالاً ويبطل الشرط، وعلى هذا الظاهر جرى الإتقاني حيث قال: الشرط إذا كان ملائماً جاز تعليق الكفالة به، وإن كان بخلاف ذلك لهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لأنه كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطله الشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق، وغيره من الشارحين حمل التعليق في التعليل على التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وهو ظاهر ليطابق ما في «الخانية» مما مر.

وقد ذكره في «المبسوط» أيضاً وهذا الحل ممكن في كلام المص إلا أن عدم ذكر التأجيل في كلامه يبعده بخلافه في عبارة «الهداية» وإذا تحققت هذا علمت أن ما في «البحر» من أن ما قاله الشر سهو لأن المص لم يقل فتصح الكفالة ويجب المال حالاً، وإنما الموجود في النسخ المعتمدة الاقتصار على قوله، ولا تصح بنحو إن هبت الريح، ولذا لم ينسب العيني السهو إلى المص وإنما نسبه إلى «الهداية» فعلى هذا الأنسب أن يقر ولا تصح بالتاء الفوقية وكل منهما مخطئ في نسبه السهو إلى «الهداية» ثم ذكر ما في «الهداية» وأن قوله لما صح تعليقها معناه تأجيلها بأجل متعارف مجازاً انتهى. مما لا تحرير فيه وذلك لأن اعتراضه إنما هو على ما وقع في نسخته وهو صحيح، وكلام «الهداية» ظاهر فيما فهمه كما علمته والتأويل خلاف الأصل فكيف ينسب إلى السهو؟ ما هذا إلا كبير سهو نعم الثابت في أكثر النسخ ولا يصح بنحو إن هبت الريح أو جاء المطر، وإن جعلا فتصح الكفالة ويجب المال حالاً، أي لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم، ويعلم من قوله وإن جعلا أجلاً فيصح أنها في التعليق لا تصح لعدم صحته وحينئذ فيكون الأنسب أن تقرأ بالفوقية مع أن الكلام في التعليق عدول عن الظاهر/ [٤١٧/ ب] بما لا داعي إليه وصورة جعلهما أجلاً أن يقول: كفلت به أو بمالك عليه إلى أن تهب الريح أو إلى أن يجيء المطر.

(**فإن كفل بماله**) أي: لفلان (**عليه فبرهن**) فلان (**على الألف**) أي: على أن له عليه ألفاً (**لزمه**) أي: الكفيل ما برهن به عليه لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً سواء كان البرهان على الأصيل أو على الكفيل حال غيبة الأصيل ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، كذا في «الخانية» (**وإلا**) أي: وإن لم يبرهن (**صدق الكفيل فيما أقر**) به (**بحلفه**) على نفي العلم لا على البتات.

ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل فإن كفل بأمره ....

أقول: وينبغي أن يقيد بما لو أقر بما يكفل به عادة حتى لو أقر بأنه له عليه درهماً لم يقبل منه (**ولا ينفذ**) ضبطه العيني بالتشديد وليس بمتعين (**قول المطلوب على الكفيل**) لأنه إقرار على الغير مثل مالك عليه ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب: أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل قيد بما له عليه لأنه لو قال: بما ذاب أي حصل أو ثبت له عليه فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل، والفرق أن الكفالة بما له عليه كفالة فلو قال بالدين القائم في الحال وبما ذاب ونحوه بما يسحب والوجود يثبت بإقراره.

ولو قال: ما قضى لك به لا يلزم إلا أن يقضي، وسيأتي ما لو غاب المكفول فبرهن الطالب عنه الكفيل (**فإن كفل بأمره**) مقيد بأن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر، فلو كان صبياً وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان ذلك بإذن الصبي، كما في «المبسوط» ولو عبداً محجوراً يرجع عليه بعد عتقه، ولو مأذونين رجع عليهما لصحة أمرهما وقدمنا فروعاً من الكفالة عن العيني فارجع إليها وإن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول: اكفل عني اضمن عني لفلان فلو قال: اضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالأداء فجاز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال، وقال أبو يوسف: رجع وجعل في «الخانية» قول المطلوب بعد الدعوى بالمال: اكفل عني إقرار بالمال للمدعي وفيها علي كعني فلو قال: اكفل لفلان بألف درهم علي أو انقده ألف درهم علي أو اضمن له الألف التي علي، أو اقضه ماله علي ونحو ذلك رجع بما دفع في رواية «الأصل».

وعن أبي حنيفة في «المجرد» إذا قال لآخر: اضمن لفلان الألف التي له علي وضمنها وأدى إليه لا يرجع إلا إن خليطاً أو أمره ليرجع عليه، وأجمعوا أن المأمور لو كان خليطاً له رجع وهو الذي في عياله كالوالد الذي في عياله والولد وزوجته ومن في عياله من الشريك والأجير شركة عنان، كذا في «الينابيع»، وقال في «الأصل»: والخليط أيضاً الذي يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع عنده المال، كذا في «السراج» وعلى هذا الثاني اقتصر في «فتح القدير» حيث قال: الخليط هو الذي يعتاد الرجل بمداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه، وعزا في «الخانية» ما في «الينابيع» إلى «الأصل» وزاد ابن الأخ إذا كان في عياله قال: ذكر في بعض المواضع الخليط فذكر ما اقتصر عليه في «الفتح»، والظاهر أن الكل يعطى لهم حكم الخليط في حق الرجوع وقد طول بالفرق بين الأمر بالكفالة وما إذا قال: أدِّ عني زكاة مالي أو

رجع بما أدّى عليه، وإن كفل بغير أمره لم يرجع ولا يطالب الأصيل بالمال............

أطعم عني عشرة مساكين لا يرجع ما لم يقل: على أني ضامن وحاصل الفرق أن الأمر بالكفالة يتضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عني، وفي قضاء الزكاة والكفالة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني والحاصل أنه إنما يرجع في الكفالة بالأمر إذا قال: عني أو علي، وإن لم يقل ذلك فإن كان خليطاً رجع وإلا لا، وفي الأمر بالهبة أو التعريض عنها أو الإقراض والحج والعتق عن كفارته أو الزكاة لا يرجع، ولو قال: عني أو علي إلا إذا قال على أني ضامن، كذا في «الخانية» والحيلة إذا أراد الرجوع بدون الأمر أن يهبه الطالب الدين ويوكل بقبضه.

قال الولوالجي: وفي «الخانية» المسلم الأسير إذا اشتراه رجل بغير أمره يكون متطوعاً وبأمره كذلك في القياس، وفي الاستحسان يرجع، وإن لم يقل على أن ترجع علي وهذا كما قال لغيره: أنفق من مالك على عيالي أو أنفق على بناء داري فأنفق كان له أن يرجع على الآمر بما أنفق ثم قال: لو أمر رجلاً أن يقضي دينه ولم يقل على أن يرجع علي بذلك ولا على أني ضامن رجع المأمور على الآمر على كل حال انتهى، واعلم أن الأمر الموجب للرجوع كما يكون حقيقياً يكون حكمياً إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الأب وأخذ من تركته كان للورثة الرجوع في نصيب الابن لأنه كفالة بأمر الصبي حكماً لثبوت الولاية، فلو أدى بنفسه، فإن أشهد رجع وإلا لا، كذا في نكاح «المجمع» وكما لو جحد الكفالة فبرهن المدعى عليها بالأمر وقضي على الكفيل فأدى فإنه يرجع وإن كان متناقضاً لكونه صار ملزماً شرعاً بالقضاء عليه كذا في / تلخيص «الجامع الكبير» **(رجع بما أدى)** مقيد بما إذا أدى ما ضمن [٤١٨/أ] فإن أدى خلافه بأن كان المكفول به جيداً فأدى ردياً أو عكسه رجع بما ضمن وبما إذا أدى ما وجب دفعه على الأصيل، فلو كفل بالأجرة فأداها قبل وجوبها لا يرجع، كذا في «البزازية».

وفي قوله بما أدى إيماء أن الكفيل لو صالح عن الأصل بخمسمائة فإنه يرجع بها لا بما ضمن وفي البيع من «الفتح» لو كفل بالمسلم فيه وأداه من ماله يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً لأن الثوب مثلي في باب السلم، كذا فيما جعل تبعاً له **(فإن كفل بغير أمره)** ولم يجز المكفول عنه في المجلس **(لم يرجع)** لأنه تبرع قيدنا بعدم إجازته في المجلس لأنه لو أجاز الكفالة عنه فيه رجع الكفيل كما في «العمادية» يعني بأن قال: أجزت الكفالة عني، ولو أجازها بعد المجلس لا يرجع لأنها وقعت غير موجبة للرجوع فلا ينقلب موجبه، كذا في «كافي المص» **(ولا يطالب الأصيل بالمال)**

قبل أن يؤدي عنه، فإن لوزم لازمه وبرئ بأداء الأصيل ولو أبرأ الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه ولا ينعكس، ....

المكفول به (**قبل أن يؤدي عنه**) لأنه إنما يملك بالدين الأداء إذ لا يرجع قبله قيد بالكفيل بالشراء له الرجوع على الموكل قبل الأداء لما بينهما من المبادلة الحكمية كذا قيل، وهو مبني على أن الملك يقع للوكيل ابتداء لكن سيأتي أن الراجح أنه يقع للموكل فلا يتم الفرق، وفي «الخانية» عن «الأصل» لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهناً بذلك جاز انتهى، والوجه فيه ما سيأتي من أن الكفيل استوجب بالكفالة ديناً على المطلوب أيضاً (**فإن لوزم**) الكفيل (**لازمه**) أي: لازم الأصيل حتى يخلصه، وكذا إن حبس كان له أن يحبسه هذا إذا كانت الكفالة بأمره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله، فإن كانت بغير أمره أو كان عليه دين فلا ملازمة ولا حبس والمحال عليه إذا لوزم أو حبس وكانت الحوالة بالأمر، كالكفيل كذا في «السراج» (**وبرئ**) الكفيل عن المطالبة (**بأداء الأصيل**) لأن براءته توجب براءة الكفيل إجماعاً سواء كانت الكفالة ضم في المطالبة أو في الدين.

(**ولو أبرأ**) الطالب (**الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل أو تأخر عنه**) لما عرف من أن إبراءه يوجب إبراء الكفيل والتأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالمؤبد ويشترط قبول الأصيل وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول ولو رده ارتد، وهل يعود الدين إلى الكفيل أم لا؟ خِلاف كذا في «الفتح»

وفي «جامع الفصولين» بايع المديون بيع وفاء برئ كفيله، فلو تفاسخا لا تعود الكفالة انتهى، قيد بإبرائه لأن براءته لا توجب براءة الكفيل ولو ضمن له على فلان فبرهن فلان أنه كان قضاه إياها قبل الكفالة برئ الأصيل دون الكفيل ولو بعدها برئا، كذا في «الخانية»، وفي «القنية» براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء، والإبراء فإن كانت بالحلف فلا لأن الحلف يفيد براءة الحالف فحسب انتهى. وبتأخيره لأن تأخير المطالبة عن الأصيل لا بتأخير الطالب لا يسقطها عن الكفيل كما لو كفل بما لزم العبد المحجور عليه بعد عتقه أو صالح المكاتب عن دم العمد فكفل رجل ثم عجز، كذا عن «الخانية»، ويستفاد منه أن الأصيل لو كان معسراً لا تسقط المطالبة عن الكفيل الموسر وفي «التتارخانية» لو أجّل الطالب الأصيل فلم يقبل صار حالاً عليها ولو أجله شهراً ثم سنة دخل الشهر في السنة، والآجال إذا اجتمعت انتقضت بمرة انتهى.

(**ولا ينعكس**) الحكم المذكور فلا يبرأ الأصيل ببراءة الكفيل قبل أو لا، لأن عليه المطالبة وبقاء الدين بدونها جائز ولا يتأخر الدين عنه بالتأخير عن الكفيل لأنه

ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئا،.........................

كما مر إبراء مؤقت فيعتبر بالمؤبد، وأورد بأن المؤبد لا يرتد برد الكفيل والمؤقت يرتد برده فما هذا الاعتبار.

وأجيب بأن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الفرق أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه إذ ليس عليه إلا بمجرد المطالبة، والإسقاط المحض لا يقبل منه كإسقاط الخيار وأما المؤقت فتأخير مطالبة لا إسقاط كذا قالوا: ومقتضى كونها ضم في الدين أنه يرتد بالرد ولم أره في «الخانية» قال للكفيل: أخرجتك عن الكفالة فقال: لا أخرج لم يصر خارجاً وتوهم في «البحر» من هذا أن إبراءه يرتد بالرد وفيه نظر، وقالوا: لو كفل بالحال إلى شهر فإنه يتأجل على الأصيل أيضاً وقدمنا عن تلخيص «الجامع» ولو كان قرضاً وعن «السراج» هذا في غير القرض، أما فيه فإنه يكون حالاً على الأصيل فارجع إليه وإذا لم يبرأ الأصيل لم يرجع عليه الكفيل بشيء بخلاف ما لو وهبه الدين أو تصدق به عليه وقيل حيث يرجع ولو بعد موته فالقبول للوارث، فإن رده ارتد في قول أبي يوسف وقال محمد: لا يرتد ولو أدى الكفيل قبل حلول الأجل لا يرجع على الأصيل حتى يمضي الأجل باتفاق الروايات، ولو حل على أحدهما بموته/ لا يحل على الآخر، [٤١٨/ ب] وعن أبي يوسف عليهما ألف مؤجلة وكل كفيل عن صاحبه فمات أحدهما أخذ ما عليه بالأصالة وما عليه بالكفالة ويبقى مؤجلاً هو الصحيح كذا في «التتارخانية» قال في «البحر»: ويستثنى من قولهم براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل مسألتان:

الأولى: لو أحال الكفيل الطالب على رجل فقبل الطالب والحال عليه برئ الكفيل والأصيل لأنها حصلت بأصل الدين، والدين أصله على المكفول عنه، ولو شرط الطالب براءة الكفيل فقط لم يبرأ الأصيل وكان له أن يأخذ دينه من الأصيل أو الحال عليه ولا سبيل له على الكفيل إلا أن يقوي المال على الحال عليه، كذا في «السراج» الثانية ما في «الخانية» لو مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل على كل حال، وأما الأصيل فإن كانت الكفالة بغير الأمر فكذا يبرأ وإلا فلا انتهى.

وأقول: لا معنى لهذا الاستثناء بعد أن الكلام في الإبراء يعني الإسقاط على أنه في الفرع الأول إنما برئ الكفيل لبراءة الأصيل أولاً وسيأتي في الصلح ما يرشد إليه **(وإن صالح أحدهما)** يعني الأصيل أو الكفيل **(رب المال على نصفه)** أي: على بعض الدين والنصف مثال **(برئا)** أما إذا صالح الأصيل فظاهر، وأما إذا صالح الكفيل فلأنه أضاف الصلح إلى الدين الذي على الأصيل فيبرأ الأصيل ضرورة وبراءته توجب براءته، ومعنى المسألة ما إذا شرط براءتهما أو براءة الأصيل أو سكت أما لو شرط

وإن قال الطالب للكفيل برئت إليّ من المال رجع على المطلوب وفي برئت أو أبرأتك لا، وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط..........................

الكفيل براءته وحده برئ على خمسمائة وبهذا ظهر أن المسألة مربعة، وفي «التتارخانية» الكفيل بالنفس إذا صالح الطالب على خمسين ديناراً على البراءة عن الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها ولو كان كفيلاً بالمال أيضاً وصالح على خمسين بالشرط برئ، ولو قضى الكفيل بالنفس الدين على أن يبرئه عن الكفالة جاز القضاء والإبراء، وأما إذا أعطاه عشرة ليبرئه عن الكفالة بالنفس فأبرأه لم يسلم له العوض باتفاق الروايات، وفي براءته عنها روايتان، وفي «الخانية» صالح الكفيل الطالب على شيء ليبرئه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل انتهى. وهو بإطلاقه يعم الكفالة بالمال أيضاً (**فإن قال الطالب للكفيل برئت إلي من المال رجع**) الكفيل بالمال المكفول به بالأمر (**على المطلوب**) لأن مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدأها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا هو معنى الإقرار بالقبض من الكفيل فكأنه قال: دفعت إلي رح فيرجع الكفيل على الأصيل بشيء لأن قوله: (**برئت**) يحتمل بإبرائه أو بالأداء (**وأبرأتك**) ابتداء إسقاط، وكذا قوله أنت حل من المال بإجماع الأئمة الأربعة لأن لفظ الحل يستعمل في الإبراء بالبراءة دون البراءة بالقبض ذكره المحبوبي وقالوا: هذا إذا كان الطالب غائباً، فإن كان حاضراً يرجع إليه في البيان في الكل أنه قبض أو لم يقبض والظاهر أنه في لفظ الحل لا يرجع إليه لظهور أنه سامحه (**لا**) أنه أخذ شيئاً منه، وجعل أبو يوسف برئت كقوله إلى قيل وهو قول الإمام، واختاره صاحب «الهداية» وهو أقرب الاحتمالين فكان أولى كذا في «العناية» ولا خلاف بينهم أنه لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها كان إقراراً بالقبض، وفرق محمد بأن العرف أنه إنما كتب عليه هذا إذا وجد الإيفاء له فجعلت الكتابة إقراراً، ولا عرف عند الإبراء لأنه لا يكتب الصك عليه، واختلف المتأخرون فيما لو قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي هذا هو إقرار بالمال وقيل كذا في «الفتح»، والذي في «البزازية» دعوى البراءة عن الدعوى لا يكون إقراراً بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون وقول المتقدمين أصح انتهى.

(**وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط**) مثل إن عجلت إلي البعض أو دفعت البعض مثلاً فقد أبرأتك عن الكفالة وقيل: يصح وقال في «الفتح»: وهو أوجه لأن المنع بمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب، أما الكفيل فالمتحقق منه المطالبة فكأنه أبرأه إسقاطاً محضاً، وظاهر ما في «الشرح» وغيره ترجيح الأول لجزم

والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وأمانة، وصح ....

المص به كغيره وأجاب عما مر حيث قال: وأما على القول بثبوت المطالبة وهي الدين لأنها وسيلة إليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وحمل في «الدراية» رواية الكتاب على ما إذا كان الشرط غير متعارف، والرواية الثانية على ما إذا كان متعارفاً، ومقتضى كلامهم أنه لا خلاف في بطلان التعليق بناء على أنها ضم في الدين قيد بالكفالة بالمال لأن التعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه في وجه تصح البراءة ويبطل الشرط كما إذا أبرئ الطالب على أن / يعطيه الكفيل عشرة وفي وجه يصحان، [٤١٩/أ] كما إذا كان كفيلاً بالمال أيضاً وشرط الطالب عليه أن يدفع إليه الحال ويبرئه من الكفالة بالنفس وفي وجه لا يصحان، كما إذا شرط عليه الطالب أن يدفع إليه ويرجع بذلك على المطلوب كذا في «الخانية» ملخصاً.

(و) بطل أيضاً (**الكفالة بحد وقود**) لعدم الفائدة في استيفائها من غير الجائي وقيده العيني هنا، وفي شرح «الهداية» بما إذا كفل بنفس الحد، فإن كفل بمن عليه الحد تصح وهو مأخوذ من «الهداية» معللاً بأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الصحة. قال في «الفتح»: ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة لأن تسليم النفس واجب فيهما لكن نص في «الفوائد الخبازية» على أن ذلك في الحدود التي للعباد فيها كحد القذف لا غير انتهى.

وقد مر ومبيع بأن يقول المشتري: إن هلك المبيع فعلي بدله (**ومرهون**) سواء ضمن الرهن للراهن أو للمرتهن، كما في «جامع الفصولين» (**وأمانة**) كوديعة ومال مضاربة وشركة وعارية ومستاء وبفتح الجيم علم أن الأعيان إما مضمونة بنفس وهي ما تجب قيمتها عند الهلاك، أو بغيرها وهي ما لا تجب قيمتها أو أمانة، (و) الأول (**تصح**) الكفالة به كما سيأتي ولا تصح بالثاني والثالث لفقد شرطها وهو أن يكون المكفول مضموناً على الأصيل لا يخرج عنه إلا بدفع عينه أو بدله والمبيع مضمون بالثمن والمرهون على الأصيل فأمكن التزامه، وإن هلكت العين برئ الكفيل وقيل: إن كان واجباً على الأصيل كالعارية والإجارة الكفالة بتسليمه في مجلس العقد، وإن كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه في مجلس العقد، وإن كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه لأنه غير واجب عليه فلم يمكن إيجابه على الكفيل، كذا في «الشرح» وبهذا القيل جزم شارح «الهداية».

لكن قال في «الفتح»: الوجه عندي صحة الكفالة بتسليم الأمانة إذ لا شك في وجوب ردها عند الطالب، غير أنه في الوديعة وأخويها يكون بالتخلية وفي غيرها

لو ثمناً ومغصوباً ومقبوضاً على سوم الشراء ومبيعاً فاسداً وحمل دابة معينة مستأجرة

يحمل المردود إلى ربه فقال في «الذخيرة»: الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة، وما في «المبسوط» من أن الكفالة بتسليم العارية باطلة.

قال في «الدراية»: إنه باطل فقد نص محمد في «الجامع الصغير»، وكذا في «المبسوط» أن الكفالة به صحيحة، وأقره في «فتح القدير» ولم يلتفت إلى قوله في «العناية» وفيه نظر، فإن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على «الجامع» بل لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها لأن هذا أمر موهم ومن حفظ حجة على من لم يحفظ، وصح التكفيل (**لو**) كان المكفول به (**ثمناً**) لأنه دين صحيح، وقدمنا أنه لو كفل على صبي ثمن متاع اشتراه لا يلزم الكفيل شيء ولو كفل بالدرك بعد قبض الصبي الثمن لا يجوز، وإن قبله جاز.

وقالوا: استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن، ولو كانت الكفالة لغريم البائع ولو رد عليه بعيب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل إلا أن تكون الكفالة لغريم فلا يبرأ أو الفرق بينهما ظاهر أنه مع الاستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشتري وفي الرد ونحوه وجد المسقط بعدما تعلق حق الغريم به فلا يسري عليه، وقيد البراءة في «التتارخانية» بما إذا رد المبيع على البائع، فإن لم يرده كان له مطالبة المشتري بالثمن حتى يرده وفيها لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما أداه على البائع، وإن شاء على المشتري، ولو فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطاً فاسداً فالرجوع للمشتري على البائع يعني والكفيل يرجع بما أداه على المشتري وكان الفرق بينهما أنه يظهر الفساد تبين أن البائع أخذ شيئاً لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه، وإن ألحقا به شرطاً فاسداً لم يتبين أن البائع حين قبضه قبض شيئاً لا يستحقه (**ومغصوباً ومقبوضاً على سوم الشراء**) إن كان الثمن مسمى وإلا فهو أمانة كما مر (**ومبيعاً فاسداً**) وبدل صلح عن دم ومهر، وبدل خلع كما في «الخانية» لأن هذه الأعيان مضمونة بنفسها على الأصيل فيلزم الضامن إحضارها وتسليمها، وعند الهلاك تجب قيمتها وإن مستهلكة فالضمان لقيمتها (**وحمل دابة**) عطف على قوله بحد أي بطل التكفيل بحمل دابة (**معينة مستأجرة**) لأنه عاجز عن الفعل الواجب على الأصيل وهو حمله المعينة إذ لا ملك له فيها، بخلاف ما لو كانت بغير عينها لأنه يقدر على ذلك بأن يحمله على دابة يستأجرها فجازت.

قال في «العناية»: وفيه نظر لأن عدم القدرة من حيث كونها ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالأعيان مطلقاً كما ذهب الشافعي، واستدل به على عدم جوازه في الأعيان مطلقاً وما ذكره في «الإيضاح» جواباً للشافعي وهو قوله تسليم ما [٤١٩/ب]

وخدمة عبد استؤجر للخدمة، وبلا قبول الطالب في مجلس العقد.................

التزمه متصور في الأعيان المضمونة في الجملة فتصح التزامه لأن ما يلزم بعقده يعتبر فيه التصور غير دافعٍ لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضاً انتهى.

قال في «الحواشي السعدية»: لعل المراد من قوله متصور في الجملة لأن التسليم متصور إمّا باعتبار عينه أو باعتبار قيمته، ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة انتهى. والضمير في قوله لعل المراد من قوله أي من قول صاحب «الإيضاح» وحاصله منع كونه غير دافع بل هو دافع لصحة الكفالة بالحمل بما ذكره فتدبره واعترض شارح على الفرق بين المعينة وغيرها بما حاصله أنه إن كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغي أن تصح الكفالة فيها لأن الكفالة تسليم المستأجر صحيحه ولم يمنع منه كون المستأجر ملكاً لغير الكفيل، وإن كان التحميل فينبغي أن لا يصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصيل، والحق أن الجواب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها، وفي المعينة لا يقدر على الإذن في تحميلها لعدم ولايته عليها وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها، كذا في «الفتح».

وفي «البدائع» الواجب في المعينة تسليمها دون الحمل فلم تكن الكفالة به كفالة بما هو مضمون على الأصيل فلم تصح وفي غير المعينة الواجب فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل فصحت.

(و) بطل التكفيل أيضاً (**بخدمة عبد استؤجر للخدمة**) لما عرف من أنه عاجز عن الفعل الواجب عن الأصيل إذ لا يملك العبد، أمّا لو كفل بتسليم الدابة المعينة أو بنفس العبد كانت الكفالة صحيحة. (و) لا تصح الكفالة أيضاً (**بلا قبول الطالب في مجلس العقد**) عندهما، وعن أبي يوسف روايتان إذا بلغه الخبر فأجازها جازت، وفي أخرى تنفذ بلا إجازة وهي أصح قوله، كذا في «المحيط» وهي الأظهر عنه كما في «الفتح» وفي «البزازية» وعليها الفتوى والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً وجه التوقف ما مر في النكاح، ووجه النفاذ أنها التزام يستند به الملتزم ولا يتعدى ضرر في المكفول له ولهما أن عقد الكفالة فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً، وأجمعوا على أنه لو قبل عنه قابل توقف وعلى هذا فإطلاق نفي الصحة بلا قبول الطالب غير صحيح، ولو أخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب إجماعاً، ولو قال الطالب: أخبرت وقال الكفيل كان إنشاء فالقول للطالب، كذا في «البزازية».

إلا إن تكفل وارث المريض عنه..........................

وفي «السراج» ضمنت ما لفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولي ثم بلغهما وأجازا إن أجاز المطلوب أولاً كانت كفالة بالأمر، ولو كان المطلوب حاضراً وقبل ورضي المطلوب إن رضي قبل قبول الطالب رجع عليه، وإن بعده فلا رجوع (**إلا أن يكفل**) استثناء من لا يصح (**وارثاً لمريض عنه**) بأمره بأن يقول لوارثه: تكفل عني بما علي من الدين لأن هذا وصية في الحقيقة ولهذا لا يصح، وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا: إنما يصح إذا كان له مال أو يقال: إنّه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً منه وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه، وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأن يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح، كذا في «الهداية» وقد اشتمل كلامه على بيان وجهين للاستحسان في صحة هذه الكفالة، الأول أنها وصية في الحقيقة لا كفالة.

قال في «النهاية»: وفيه نظر إذ لو كانت كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض إلا أن يؤول بأنه في معنى الوصية وفيه بعد انتهى. ورده في «العناية» بأن مثل هذه العبارة تستعمل عند المخلصين فيما إذا دل لفظ فظاهره على معنى، فإذا نظر في معناه يؤول إلى معنى آخر وح لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة، وما في «البحر» من أنه لا فائدة فيها لأنا حيث شرطنا في صحتها وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال، وإذا لم يكن له مال لا يصح فدفع بأن فائدتها تظهر في تفريغ ذمته، الثاني أنها كفالة حقيقة لقيام المريض مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته فلم يكن المكفول له مجهولاً بهذا الاعتبار وهذا الوجه هو أرجح الوجهين، كما في «الفتح» وإنما لم يشترط منه القبول لأنه لما أريد به التحقيق لا المساومة كان الأمر بالنكاح في قوله لامرأة: زوجيني فقالت: زوجت فإن ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت، قال في «العناية»: وظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء.

[٤٢٠/أ] وأقول: لو قيل: / بأن المنفي إنما هو صريح القبول لاتحد المسلك فتدبره، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكون مسلكين في هذه الصورة، واعلم أن الاستثناء على الأول منقطع، وعلى الثاني متصل، ولذا كان أرجح إلا أن مقتضاه أن الوارث يطالب، وإن لم يكن للميت مال وقد مر أنه يطالب، ولو كان له مال غائب هل يؤمر الغريم بانتظاره أو يطالب الكفيل؟ لم أره وينبغي على أنه وصية أن ينتظر وعلى أنها كفالة أن يلزم الكفيل بالدفع الآن قيدنا بأمره لأنه لو تبرع الوارث بذلك بأن ضمن ما عليه للغرماء في غيبتهم لم تصح، وروى

وعن ميت مفلس.....................................

الحسن الصحة ولو قال ذلك بعد موته صحت، كذا في «السراج» وينبغي أن يكون هذا على قول أبي يوسف لما مر وقيد بالوارث لأن المريض لو قال ذلك لأجنبي فضمن قيل: لا تصح إلا أن يقبل الطالب لأنه غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام وقيل: يصح وينزل المريض منزلة الطالب.

قال في «الحواشي السعدية»: فإن الوارث حيث كان مطالباً بالدين في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه في الجملة فكان ينبغي أن لا يجوز كفالته، فإذا جازت كما مر من الوجهين فكفالة الأجنبي وهي سالمة عن هذا المانع أولى أن تصح وعن هذا قال في «الفتح» إنّ الصحة أوجه لأنها كفالة كما مر في «العناية» أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان، ولذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها.

(و) لا تصح الكفالة أيضاً بدين **(عن ميت مفلس)** عند الإمام وقالا: تصح وبه قالت الثلاثة وأكثر أهل العلم لأنه كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة اتفاقاً فهذه صحيحة، وكيف وقد قبلها عليه الصلاة والسلام لمّا جيء بجنازة مديون فلم يصلِ عليه؟ قال أبو قتادة: علي ما عليه يا رسول الله فصلى عليه[1]، وله أن كفل بدين ساقط لأن الفعل حقيقة أي المقصود منه إنما هو فعل الأداء وذلك يقتضي القدرة وهي معينة والدليل على أنه فعل أنه يقال دين واجب كالصلاة واجبة والوصي حقيقة إنما هو للأفعال فإن قلت: أجمعوا أنه لو تبرع به إنسان صح، ولو سقط بالموت لما حل لصاحبه الأخذ.

قلت: السقوط إنما هو بالنسبة إلى الميت لا المستحق وإذا كان باقياً في حقه حتى له أن يأخذه، وحديث أبي قتادة يحتمل الإنشاء والإخبار والوعد، وإن كان مرجوحاً وجعل في «البحر» هذا المرجوح هو الظاهر إذ لا تصح الكفالة مع جهالة المكفول له ووقع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال، وامتناعه من الصلاة عليه ليظهر طريق إيفائها لا بطريق الكفالة، وأورد على القول بالسقوط ما لو كان به كفيل أو رهن يبقى الدين على حاله، ولو سقط لزم براءة الكفيل وعدم بقاء الرهن.

وأجيب بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن قال في «الغاية»: والحق بأن من قال بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة القول

---

(١) تقدم تخريجه.

وبالثمن للموكل ولرب المال وللشريك إذا بيع عبد صفقة........

ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم إليه انتهى. وفيه تأييد لقول الإمام، لكن في «الحواشي السعدية» لعلهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الأصول لا إنها خربت انتهى. والقول بضعفها به مصرح به في التحرير قال: وبظهور المال تفوت بل ظهر قولهما وهو الشرط حتى لو تفوت بلحوق دين بعد الموت صحت الكفالة به بأن حفر بئراً على الطريق فتلف به حيوان بعد موته فإنه يثبت الدين مستنداً إلى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة، والمستند يثبت أولاً في الحال ويلزمه اعتبار قولهما حينئذٍ به انتهى.

قال في «البحر»: وهذه مستثناة من إطلاق المص، ولا تصح أيضاً كفالة الوكيل بالثمن للموكل فيما وكل ببيعه لأن حق القبض له بالأصالة فيصير ضامناً لنفسه، ولذا جاز إبراؤه وتوكيله الموكل بالقبض وعزله، ولو تبرع بأداء الثمن عنه صح كما في «الخانية»، والتقييد بما وكل ببيعه مخرج لما إذا وكل رجلاً بقبض الثمن من الوكيل فكفل به الوكيل صح، قيد بالوكيل لأن الرسول يصح ضمانه والوكيل ببيع الغنائم من جهة الإمام لأنه سفير ومعبر **(وبالثمن)** لأن الوكيل بالنكاح يصح ضمانه المهر لما قلنا.

واعلم أن كلامه هنا يفيد أن الولي والنظر لا يصح ضمانهما الثمن عن المشتري فيما باعاه، لأن حق القبض لهم بالأصالة ويدل على ذلك ما صرحوا به من أنهما لو أبرأاه عن الثمن صح، وضمنا **(ولرب المال)** أي: لا تصح أيضاً كفالة المضارب بثمن ما باعه لرب المال لما مر في الوكيل وفي «البحر» ذكر الشارح: ما لو أعتق عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين، ولو ضمن المولى الدين للغرماء ما لا يصح لأن المولى متهم فيه بإبراء نفسه انتهى. ولم أجده في نسختي / التي كتبتها، والظاهر أنها حاشية على نسخته. [٤٢٠/ب]

(و) لا تصح أيضاً **(للشريك إذا بيع عبد صفقة)** واحدة وضمن أحدهما نصيبه من الثمن لشريكه لأنه ضامن لنفسه إذ ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا وله فيه نصيب قيد بالصفقة الواحدة لأنها لو تعددت بأن سمى كلٍ واحد منهما ليصيبه ثمناً صح ضمان أحدهما للآخر يعني باع نصيبه وسمى له ثمناً لما مر من إنما تعددها عن الإمام لا بد فيه من تعدد لفظ بعت خلافاً لهما.

وفي «الخانية» مات وله دين على رجل وترك ابنين فكفل أحدهما عن المديون بحصة أخيه لا يصح، ولو تبرع بأداء حصته من الدين صح وبه عرف أن ضمان الشريك سواء كان شريكاً في ثمن أو غيره غير صحيح فالبيع مثال وهو وفي «جامع

وبالعهدة والخلاص ومال الكتابة.

فصـــل

ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه..........

الفصولين» لو أدى أحدهما لصاحبه بعد ما ضمن رجع بما أدى، ولو أداه بلا سبق ضمان لم يرجع وفي صورة الضمان يرجع إذا قضاه على فساد كما لو أدى بكفالة فاسدة، فنظيره لو كفل بمال الكتابة لم يصح لكن إذا أدى يرجع بما أداه.

(و) لا تصح أيضاً (**بالعهدة**) بأن يشتري عبداً فيضمن العهدة للمشتري لاشتراكهما بين الصك القديم أي الوثيقة التي تشهد للبائع بالملك وهي ملكه فإذا ضمن تسليمها إلى المشتري لم يصح لأنه ضمن ما لم يقدر عليه والعقد وحقوقه وعلى الدرك وخيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام فلم تصح الكفالة للجهالة قال في «البحر»: فظاهر كلامهم أنه إذا فسرها بغير ضمان الدرك لم يصح (**بالخلاص**) عند الإمام وقالا: تصح، والخلاف مبني على تفسيره فهما فسراه بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى، وفسره الإمام بتخليص المبيع فقط ولا قدرة له عليه، ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن صح أي إجماعاً لأنه ضمن ما يمكن الوفاء به وببدل (**الكتابة**)، أي: لا تصح أيضاً ببدل الكتابة لما مر من أنه لا بد أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً وهذا الدين يثبت مع المنافي وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة والله الموفق.

فصـــل

(**ولو أعطى المطلوب الكفيل**) أي: المكفول به بأمره قيد به في «الهداية»، ولا بد لما سيأتي (**قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يستره**) المطلوب (**منه**) حيث كان الدفع على وجه الاقتضاء بأن قال: إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فخذه قبل أدائك له لأنه ملكه بالاقتضاء بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال له: خذ هذا المال وادفعه للطالب فإنه لا يملكه إلا أنه يرجع أيضاً لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز مطالبته ما بقي هذا الاحتمال، إلحاقاً بالزكاة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلا يسترده المزكي ما بقي هذا الاحتمال وشمول كلام المص لما إذا كان القبض على وجه الرسالة أيضاً، وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه لا يلائم قوله بعد وما ربح له وندب رده لو شيئاً يتعين فإنه في هذين لا يطيب له ربح، فالأولى جعل كلامه على

وما ربح الكفيل له وندب رده على المطلوب لو شيئاً يتعين........

نسق واحد، وغاية الأمر سألت عن مسألة الرسالة وهذا أسهل الأمرين فتأمله، ولو كانت الكفالة بغير الأمر يسترده لأنه لا ملك له ولا تعلق فيه، وعن هذا قال في «البحر»: سئلت هل يعمل نهيه عن أدائه؟ فأجبت بأنه إن كان كفيلاً بالأمر لم يعمل نهيه لأنه لا يملك استرداده وإلا عمل لعدم ملكه له، ولهذا ظهر أن الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال، ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء، ولذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً أو أبرأه أو وهب منه الدين صح فلا يرجع بأدائه، كذا في «النهاية».

ولا ينافيه ما مر من الراجح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لأن الضم إنما هو بالنسبة إلى الطالب، وهذا لا ينافي أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه كما لا يخفى وعليه هذا فالكفالة بالأمر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبر (**وما ربح الكفيل**) في المال قبل قضائه الدين يطيب (**له**) لأنه نما ملكه وهذا إذا لم يؤد الأصيل الدين ظاهر، وإن أدّاه كان فيه نوع خبث عند الإمام إلا أنه لا يظهر مع الملك فيما لا يتعين كالدراهم، ولو قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له عندهما خلافاً لأبي يوسف لأن الخراج بالضمان، وعلى هذا الخلاف لو تصرف المودع في الوديعة وربح كذا في «العناية» وما في «الحواشي السعدية» هذا مخالف لما في «الشرح» من أنه حيث كان الدفع على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق سبق نظر فإن المذكور فيه حكاية الخلاف أيضاً، (**وندب رده**) أي: الربح (**على المطلوب لو**) كان المأخوذ منه (**شيئاً يتعين**) كحنطة ونحوها هذا/ هو أحد الروايات عن الإمام [٤٢١/أ] وهو الأصح، فإن كان فقيراً طاب له، وإن كان غنياً ففيه روايتان، والأشبه أنه يطيب له أيضاً وعنه أنه لا يرده بل يطيب له وهو قولهما لأنه نماء ملكه وعنه أنه يتصدق به وجه الأصح أن الخبث لحق المطلوب فإذا رده إليه وصل إليه ما يستحقه لكنه استحباب لا جبر، يعني لا يجبره الحاكم على ذلك.

قال في «الفتح»: إذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبره القاضي لكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى فجاز أن يكون واجباً بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه انتهى. وأنت خبير بأن هذا، أعني الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى بعد كونه نماء ملكه مما لا يعرف شرعاً فلم يبقَ إلا التنزه عما في ملكه من الخبث التمكن فيه لتعينه وهو مندوب، وهذا معنى قول الإمام أحب إلي أن يرده على الذي قضاه، ولا يجب ذلك في الحكم إذ لو وجب حقاً للعدد لأجبره الحاكم عليه.

ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه ....

(**ولو أمر الكفيل أن يتعين**) أي: يشتري (**عليه حريراً ففعل**) ما أمر به من الشراء بالعينة وهو أن يشتريه بأكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون تحرزاً عن شراء ما باعٍ بأقل مما باع قبل فقد الثمن وقيل: هو أن يطلب منه القرض فيأبى عليه فيبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر نسيئة رغبة في نيل الزيادة ليبيعه بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل، كذا في «الهداية» مقتصراً عليه، وادعى في «الفتح» أنه لا يصح هنا إذ ليس المراد من قوله تعين على حريراً اذهب فاستقرض، فإن لم يرضَ المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشترِ على هذا الوجه انتهى.

أقول: لِمَ لا يجوز أن يكون المراد أعرض عن الدين إلى العين حيث لم يتيسر ذلك؟ ومن صور العيبة أن يقرضه مثلاً خمسة عشر ثم يبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة العشر القرض التي دفعها له فلم تخرج عنه إلا عشرة، وثمة صور أخر يطول الكلام عليها ثم قال أبو يوسف: هذا البيع مكروه لأنه فعله كثير من الصحابة وحملوا عليه وقال محمد: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم الشارع عليه فقال: إذا تبايعتم بالعينة وابتعتم أذناب الإبل ذللتم وظهر عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد.

قال في «الفتح»: والذي يقع في قلبي أن ما يخرجه الدافع إن فعلت صورة يعود دينها إليه هو أو بعضه كعود الحرير إليه في الصورة الأولى، وكعود الخمسة في صورة إقراض الخمسة عشر فيكره يعني تحريماً وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة كالصورة المتقدمة عن «الهداية» فلا كراهة فيها إلا خلاف الأولى انتهى ملخصاً، وقال قبله: ذم مشايخ بلخ البياعات الآن حتى قال ابن سلمة لتجارهم: إن العينة خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والسيرج استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم أسقط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسداً، ولا شك أن البيع الفاسد حكم الغصب المحرم فإن هو من بيع العين الصحيح المختلف في كراهته انتهى.

(**فالشراء للكفيل والربح عليه**) لأن هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله على وهو فاسد لأن الحرير غير معين، وكذا الثمن بجهالة ما زاد على الدين، وأيّاً ما

ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفاً لم يقبل ولو برهن أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره قضي به عليهما، ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط........

كان فالشراء للمشتري والربح عليه لأنه العاقد (**ومن كفل عن رجل بما ذاب**) أي: ثبت (**له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب**) أي: المكفول عنه (**فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفاً لم يقبل**) برهانه ولا يقضي به، لأنه لو قضى به لكان قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم والكفيل لا يصلح خصماً هنا لأنه إنما كفل بمال مقضي به بعد الكفالة، لأنه وإن كان ماضياً فالمراد بها المستقبل كقولهم: أطال الله تعالى بقاءك وهذا لأنه جعل الذوب شرطاً، والشرط لا بد أن يكون مستقبلاً على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً والدعوى مطلقاً عن ذلك، والبينة لم تقم بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من انتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أجنبي حتى لو برهن أن قاضي بلد كذا قضي له على الأصيل بعد الكفالة بألف قبلت وقضي على الكفيل بالأمر ويكون ذلك قضى على الغائب، ولقائل أن يقول: لا نسلم أن هذا البرهان لا يقضى به بل يقضى به إذ القضاء على الغائب في مثله صحيح.

ففي «العمادية» ادعى رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي بينة/ [٤٢١/ب] أنه ذاب على فلان كذا فإنه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره انتهى، كذا في «الحواشي اليعقوبية» ويمكن أن يجاب بأن الكفيل يكون هناك خصماً له بخلاف ما نحن فيه وفيه نظر، إذ الموجب لكونه ليس خصماً فيما نحن موجود في فرع الفصول كما لا يخفى فتدبره.

(**ولو برهن أن له على زيد كذا**) من المال (**وأن هذا**) المال وأن هذا الحاضر (**كفيل عنه**) أي: عن الغائب (**بأمره قضى به**) أي: بالبرهان (**عليهما**) أي: على الحاضر والغائب لأن المكفول به هنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقتضياً به ودعوى المدعي مطلقه فصحت وقبلت البينة لابتنائها على صحة الدعوى بخلاف ما مر فإن المكفول به هناك مال مقيد يكون وجوبه بعد الكفالة فلم يطابقها الدعوى ولا البينة.

(**ولو**) برهن أنه كفل عنه (**بلا أمر قضى على الكفيل فقط**) لأن صحة الكفالة بلا أمر المكفول له إنما تفيد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى زعمه إلى غيره أمّا بالأمر الثابت فتضمن إقرار المطلوب بالمال إذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف به، فلذا صار مقضياً عليه بخلافها بغير أمره فإنها لا تمس جانب المطلوب.

وكفالته بالدرك تسليم وشهادته وختمه لا.........................

وفي «الجامع الكبير» جعل المسألة مربعة إذ الكفالة إمّا مطلقة مثل كفلت بمالك على فلان، أو مقيدة بألف درهم وكل إما بالأمر أو بدونه، وقد علمت أن المقيدة إن كانت بالأمر كان القضاء بها عليهما وإلا فعلى الكفيل فقط، وأمّا المطلقة فإن القضاء بها عليهما سواء كانت بالأمر أو لا كان الطالب لا يتوصل بإثبات حقه على الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل وهذا لأن المذهب أن القضاء على الغائب لا يجوز قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل والغائب اتصال، وكذا إذا الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الأصيل والكفيل، وكذا الحوالة على هذا الوجه.

وذكر في «الفتح» فروعاً على من هذا النمط ثم قال: وهذا كله استحسان، استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق انتهى. ولنا أن هذا البحث راجعه عند قوله: ولا يقضى على غائب فنستوفي الكلام فيه ثمة إن شاء تعالى (**وكفالته بالدرك**) وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع كما مر (**تسليم**) أي: تصديق منه بأن المبيع ملك للبائع لأنها إن كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له فالدعوى به أو أنه في تواجره بعد ذلك سعى في نقض ما تم من جهته فلا تقبل، ولهذا تبطل شفعته لو كان شفيعاً وينبغي أن يكون الرهن كالإجارة، وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الإقرار بالملك له فكأنه قال: اشترها فإنها ملك البائع، فإن استحقت فأنا ضامن عنها.

واعلم أنه في بيوع «الخلاصة» في الفصل السابع من الاختلاف قال: من سعى في نقض ما تم من جهته لا يقبل منه إلا في موضعين، أحدهما، اشترى عبداً أو نقض الثمن بعد القبض ثم ادعى أن البائع قبل ذلك باعه من فلان الغائب وبرهن عليه قبل برهانه، والثاني: وهبه أمته فاستولدها الموهوب له فبرهن الواهب أنه كان وهبها أو استولدها قبل ذلك قبل برهانه ورجع على الموهوب له بالجارية والعقر انتهى.

وذكر الشر ثالثاً في دعوى النسب: هو أن البائع لو ادعى أن المبيع معتق له أو أنها أم ولده لا يقبل قوله إلا إذا أقام البينة فيقبل، وعليه فالهبة ليست قيداً أو قالوا: لو ادعى أن الأرض المبيعة منه وقف أنه وقفها وبرهن قبل برهانه فالمواضع أربعة (**وشهادته**) أي: الكفيل يعني كناية رسم شهادته في صك المبايعة (**وختمه**) فيه خوفاً من التزويد عليه (**لا**) أي: لا يكون تسليماً لأن الشهادة ليست مشروطة في البيع ولا هي إقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من البائع وتارة من غيره، ولعله كتب

ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه.........

الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم. قال مشايخنا: هذا إذا لم يكتب ما يفيد الاعتراف بملك البائع بأن كتب في صك باع فلان من فلان جميع الدار وجرى البيع بين فلان وفلان فكتب شهدت بذلك أو جرى ذلك أو شهدت على إقرار المتعاقدين، أمّا إذا كتب فيه ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه أو بيعاً باتاً نافذاً ثم كتب كما مر لا تسمع دعواه، وإذا عرف هذا في الكفيل ففي غيره أولى، قيد بكتابة الشهادة لأنه لو شهد عند الحاكم بالبيع سراً قضى بشهادته أولاً كان تسليماً لأن الشهادة به على إنسان إقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات، ذكره الشر وأغفله في «الفتح» و«العناية» وتبعهما في «البحر» وذكره الختم وقع/ [٤٢٢/أ] اتفاقاً باعتبار عرف زمانهم ولم يبق في زماننا فالحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا، كذا في «العناية».

ولم أرَ ما لم تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط، والذي يجب أن يعدل عليه اعتبار المكتوب في الصك، فإن كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافاً وإلا لا، (**ومن ضمن عن آخر خراجه**) الموظف وهو ما يجب في الذمة بأن يوظف الإمام في كل سنة على مال بحسب ما يراه لإخراج المقاسمة وهو ما يقسمه من غلة الأرض، وكذا قال في «الفتح»: وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجاً موظفاً لأنه ما يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة لإخراج مقاسمة لأنه غير واجب، وقرينة إرادة الموظف قوله (**أو رهن به**) إذ الرهن بخراج المقاسمة غير صحيح بخلاف الموظف، وصح الرهن به لأنه كالكفالة بجامع التوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه، كذا في الشر ونقض في «البحر» الكلية بالدرك فإن الكفالة به جائزة دون الرهن (**أو نوائبه**) يحتمل أن يريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك للعامة، وأجرة الحارس للمحلة المسمى في ديار مصر بالحقير وما وظف الإمام تجهيز الجيش وفداء الأسرى بأن احتاج إلى ذلك ولم يكن في بيت المال شيء فوظف على الناس لذلك والكفالة بذلك جائزة اتفاقاً لأنها واجبة على كل مسلم موسر لإيجاب طاعة ولي الأمر فيما فيه مصلحة للمسلمين حيث خلاء بيت المال وأن يريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ففي صحتها اختلاف المشايخ فقيل: تصح لوجود المطالبة ولو بباطل.

ولذا قلنا: إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل كان مأجوراً ذكره غير واحد من المشايخ وعلى هذا فلا يلزم فسق معاطيه حيث عدل، وقل ما يكون ذلك وقيل: لا يصح لأنها شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً ولا شيء عليه،

وقسمته صح ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال: هي حالّة فالقول للضامن،........

وفي «الخلاصة» وعليه العامة. قال في «الفتح»: وينبغي أن من قال: بأنها ضم الدين يمنع صحتها ومن قال: بأنها ضم في المطالبة يمكن، أو يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقاً، وفي «إيضاح الإصلاح» الفتوى على الصحة حتى لو أخذت من الآثار كان له الرجوع على مالك الأرض، وفي «الخانية» الصحيح الصحة ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره وفيها قضاء نائبه غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح انتهى. وقيده شمس الأئمة بما إذا كان طائعاً، فإن كان مكرهاً لم يعتبر أمرها في الرجوع، كذا في «العناية».

ثم من أصحابنا من قال: الأنظر أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة قال القاضي هذا كان في زمانهم لأنه إعانة على الحاجة والجهاد، وأمّا في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلماً ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له **(أو)** قيل: **(قسمته)** أي: نصيبه من النوائب وقيل: هي النائبة الراتبة والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا، كذا في «الفتح» وقيل: هي أن يقسما ثم يمنع أحد الشريكين قسم صاحبه وقال الهندواني: أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه إنسان ليقوم مقامه فيها **(صح)** الضمان والرهن **(ومن قال لآخر: ضمنت لك مائة إلى شهر فقال)** المقر له: **(هي حالّة فالقول للضامن)** في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف في رواية ابن رستم أن القول للمقر له كما لو أقر له بدين مؤجل وأنكر المقر له الأجل كان القول للمقر له اتفاقاً والفرق على الظاهر أنه في الكفالة ما أقر بدين على ما هو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها والكفيل ينكر والقول له، وفي الإقرار أقر بالدين وذاك ينكر فالقول له.

أقول: مقتضاه بناء على أن الكفالة ضم الدين في التزام ما عن أبي يوسف من أن القول فيهما للمقر له قيل: هذا الفرق إقناعي إذ يمكن أن يقال في الكفيل أيضاً أقر بالمطالبة مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل فلا يقبل دعواه إلا ببرهان بل الفرق أن الأجل في الكفالة أصل حتى ثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل وفي المديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط، ومبناه أن ما لا يثبت بشيء إلا بشرط كان من عوارضه، وما يثبت له بدونه كان ذاتياً له وهو حسن، كذا في «العناية».

وذكر الشر أن الحيلة لمن عليه دين مؤجل ادعى عليه به وخاف الكذب إن أنكر والمؤاخذة به إن أقر أن يقول أهو حال أو مؤجل؟ فإن قال: حال أنكره ولا حرج

ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع.

باب كفالة الرجلين والعبدين

دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فإن زاد على النصف رجع بالزيادة..

عليه وقيل إذا قال ليس لك علي حق فلا بأس به إذا لم يرد به أتوا حقه انتهى. ولم يذكر أمر حلفه لو استحلف والظاهر أن له ذلك إذ مجرد إنكاره هما لا أثر له، (**ومن اشترى أمة**) لو قال مالاً لكان أولى (**وكفل له برجل بالدرك**) وقد مر معناه (**فاستحقت**) الأمة وقضي بها للمستحق (**لم يؤاخذ الكفيل**) بالثمن فاعل يؤاخذ ضمير من والكفيل مفعول (**حتى يقضى له**) أي: للمشتري (**بالثمن علي بائعه**) لأنه قيل القضاء به لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية حتى لو كان الثمن عبداً فأعتقه البائع نفذ عتقه، وصح في «الفصول» / [٤٢٢/ب] أن للمستحق أن يخيّر قبل القضاء بالثمن ولو بعد قبضه وح فلم يجب رد الثمن على الأصيل فلا يجب على الكفيل هذا في الاستحقاق الناقل.

أمّا المبطل كدعوى النسب ودعوى الوقف في الأرض المشتراة وأنها كانت مسجداً يرجع على الكفيل، وإن لم يقضِ بالثمن على المكفول عنه ولكل الرجوع على بائعه، وإن لم يرجع عليه بخلاف الناقل ويختلفان في أن كلاً منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك شيء من جهته مستحقاً عليه حتى لو أقام واحد منهما البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته هذا حاصل ما في «الفتح» قيد بالاستحقاق لأنه لو انفسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب يؤاخذ الكفيل به وبالثمن، لأنه لو بنى في الأرض لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء، وكذا لو كان المبيع أمته استولدها البائع وأخذ من المشتري مع الثمن قيمة الولد والعقر لم يرجع الكفيل إلا بالثمن كذا في «السراج».

باب كفالة الرجلين والعبدين

لما نزل هذا مع ما قبله منزلة المفرد من المركب ذكره عقيبه (**دين عليهما**) لآخر اتحد وصفهما وجنسيهما بأن اشتريا منه شيئاً بمائة مثلاً (**وكل كفيل عن صاحبه**) بأمره ولم يقيد به استغناء بقوله بعد رجع (**فما أدّاه أحدهما لم يرجع به على شريكه**) حتى يزيد على النصف، (**فإن زاد على النصف رجع بالزيادة**) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة والكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة فوقع عن الأول لقوته ولا معارضة في الزيادة

وإن كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدَّى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الأصيل وإن أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكله ولو افترق المفاوضان أخذ الغريم أياً شاء بكل الدين ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف........................

فوقع عن الكفالة، ولقائل أن يقول: هذا يقتضي على القول بأنها ضم الدين أن يكون المؤدى منهما مع أنه لا خلاف عندنا في أنه يقع عما عليه إلى النصف. قلنا: إنما صرف إليه اتفاقاً لأن الثابت بالكفالة ليس بقوة الكائن عليه بالأصالة، وذكر ابن قدامة الحنبلي عن الأئمة الثلاثة أن يكون منهما إلا أن يعرفه بنية أو بلفظه لأحدهما.

قلنا: التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو اختلف وصفهما بأن كان ما عليه مؤجلاً وما على صاحبه حالاً صح تعينه عن شريكه ورجع به بخلاف العكس أو جنسهما بأن كان أحدهما قرضاً، والثاني ثمن مبيع صح تعيينه أيضاً، وكذا لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر فعين الكفيل ما أداه عن صاحبه صح تعيينه، وقول الشر: إن هذه واردة على مسألة «الكتاب» أي على توجيهها ووجهه أن في مسألة «الكتاب» إنما لا يصح تعينه صرفاً إلى الأقوى وهو ما عليه من الدين وهذا كذلك وكان ينبغي أن لا يصح تعينه أيضاً، ولما خفي هذا على صاحب «البحر» ادعى أنه سهو لخروج المسألة بمفهوم التقييد يكون كلاً منهما كفيلاً عن صاحبه (**وإن كفلا عن رجل**) بدين (**وكفل كل عن صاحبه**) فيه إيماء إلى أن كفالة الكفيل جائزة (**فما أدى**) أحدهما (**رجع بنصفه على شريكه**) لوقوعه شائعاً عنهما من غير ترجيح، بخلاف ما مر ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (**أو**) إن شاء المؤدي رجع (**بالكل على الأصيل**) والمسألة مقيدة بما إذا كفل عن صاحبه أو بالجميع على التعاقب وكل كفل عن صاحبه بالنصف أو كفلا عنه معاً ثم كفل فيأخذه بكله، ومن هنا يمكن أخذ تقييد الأولى بكون كل منهما كفل عن صاحبه بالجميع إذ لو كفل عنه بالنصف (**وإبراء الطالب أحدهما**) أخذه بالنصف فقط.

(**ولو افترق المتفاوضان**) عن شركة المفاوضة وعليهما دين (**أخذ الغريم أياً شاء**) منهما (**بكل الدين**) لتضمنها كفالة كل منهما عن صاحبه، (**ولا يرجع**) المأخوذ منه على شريكه بشيء (**حتى يؤدي أكثر من النصف**) لأنه أصيل في النصف وكفيل في الآخر فما أداه يصرف إلى ما عليه بحق الأصالة، فإن زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع كما مر قيد بالمتفاوضين لأن شريكي العنان لو افترقا وثمن دين لم يأخذ الغريم أحدهما إلا بما يخصه.

وفي «البزازية» أو أحدهما بدين وأنكر الآخر لزم المقر له إن كان قد تولاه، وإن

وإن كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدّى أحدهما رجع بنصفه ولو حرر أحدهما أخذ أياً شاء بحصة من لم يعتقه فإن أخذ المعتق رجع على صاحبه وإن أخذ الآخر لا ومن ضمن عن عبد ما لا يؤخذ به بعد عتقه فهو حال وإن لم يسمه...............

أقر أنهما توليان ولزمه نصفه ولا شيء على المنكر (**وإن كاتب عبديه كتابة واحدة**) بأن قال المولى لهما: كاتبتكما على ألفٍ لي كذا (**أو كفل كل**) من العبدين (**عن صاحبه**) صح ذلك استحساناً.

(و) إذا صح فما (**أدى أحدهما رجع**) على صاحبه (**بنصفه**) والقياس أن لا تصح لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى وجه الاستحسان أنه جعل كلٍ واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف ويكون عتقهما معلقاً بأدائه/ وكفيلاً بحق صاحبه فيرجع بنصف [١/٤٢٣] المؤدى لاستوائهما، قيد بقوله وكفل لو كاتبهما معاً فقط عتق كل واحد منهما بأداء حصته إلا إذا قال المولى: على أنهما إن أديا عتقا، وإن عجلا رجعا في الرق فلا يعتق واحد منهما إلا بأداء كل المال إلى المولى مراعاة لشرط المولى، وبهذا ظهر أن المسألة على ثلاثة أوجه (**ولو حرر أحدهما**) والمسألة بحالها صح العتق لوجود ملك الرقبة وإذا صح (**أخذ**) المولى (**أياً شاء**) منهما (**بحصة من لم يعتقه**) لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فما قابل حصة المعتق سقط وما بقي يأخذه المولى من أيهما شاء.

(**فإن أخذ**) المولى (**المعتق رجع على صاحبه**) بما أداه عنه من بدل الكتابة بحكم الكفالة بأمره وجازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لأنها في حالة البقاء، وفي الابتداء كان كل المال عليه (**وإن أخذ الآخر لا**) أي: لا يرجع لأنه مؤدٍ عن نفسه (**ومن ضمن عن عبدٍ**) مالاً موصوفاً بكونه (**لا يؤاخذ به**) إلا (**بعد عتقه**) كإن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى، أو أودع شيئاً واستهلكه أو وطئ بشبهة بغير إذن المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور ففي هذه المسائل إذا كفله إنسان بما لزمه من هذه الديون (**فهو حال، وإن لم يسمه**) لوجوب السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى، ولم يرضَ بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه تأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه، كذا في «الهداية».

وظاهر قوله ولم يرضَ أي المولى بتعلقه به أن الكفالة لو كانت بأمره فما أداه الكفيل يرجع قبل العتق على المولى وقوله لأن الطالب إلى أن يفيد أن ما يرجع به

ولو ادَّعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه له ضمن قيمته، ولو ادَّعى على عبد مالاً وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل ولو كفل عبد عن سيده بأمره....

الطالب قبل العتق بمستهلك عياناً، وما لزمه بالتجارة بإذن المولى حتى تؤخذ من أكسابه، فإن لم تكن يباع فيه إلا أن يفديه المولى إذا أداه الكفيل بأمر العبد فإنه يرجع به ولا يؤخر إلى ما بعد العتق، وقوله بدين يؤاخذ به بعد عتقه احترازاً عما يؤاخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عياناً أو دين لزمه بالتجارة بإذن المولى فإنه تجوز الكفالة به بلا شبهة كذا قيل لكن في «الفتح» لو كفل بالاستهلاك المعين ينبغي قبل العتق إذا أداه فإنه أداه فإنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد؟ وقوى عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة إليه انتهى. ورأيت مقيداً عندي أن ما قوي هو المذكور في «البدائع» ومن هنا جزم في «البحر» بأن جعل الشر ذلك قيداً احترازياً سهو لأنه حيث كانت الكفالة بأمر العبد لا يرجع عليه أيضاً فيهما إلا بعد العتق، والموضع موضع تدبر فتأمله.

(**ولو ادعى**) رجل (**رقبة العبد**) وأنها غصبت منه (**فكفل به رجل فمات العبد**) بأن ثبت موته ببرهان ذي اليد أو بتصديق المدعي، فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذي اليد أنه مات بل يحبس هو والكفيل، فإن طال الحبس ضمنا القيمة وكذا الوديعة المجحودة، كذا في «النهاية» معزياً إلى التمرتاشي، (**وبرهن المدعي أنه له ضمن قيمته**) لأن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها جائزة كما مر وفيها يجب على ذي اليد رد العين، فإن هلكت وجب رد القيمة، كذا الكفيل قيد بالبرهان لأنه لو ثبت ملكه بإقرار ذي اليد أو بنكوله لم يضمن شيئاً.

(**وإن ادعى على عبده**) مالاً معلوم القدر (**فكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل**) لأنه كفل عن العبد بتسليم نفسه، فإذا مات العبد برئ وبراءته توجب براءة الكفيل، واعلم أن هاتين المسألتين مكررتين، أمّا الأول فلاستفادتهما من قوله فيما مر ومغصوب، وأمّا الثانية فلما قدمه من أن الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب والله الموفق.

(**ولو كفل عبد عن سيده بأمره**) سواء كان مأذوناً أو لا إلا أنه يشترط في المأذون أن لا يكون مستغرقاً، فإن كان لم تصح الكفالة بحق الغرماء، فإذا لم يكن عليه دين صحت كفالته وكان الأصل أنه لا يصح، لأنها إنما تصح ممن يصح منه التبرع، ولذا لم يصح من الصبي غير أن أمر السيد فك لحجره حتى تباع رقبته في دين الكفالة إذا كفل لغير السيد بإذنه، فإذا لم يكن عليه دين كان الحق في ماليته لمولاه فعمل إذنه

فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأدّاه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر.

له في كفالته عنه (**فعتق فأداه أو كفل عنه سيده**) بأمره وهذا القيد لا بد منه (**وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر**) لأن كل من الكفالتين حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع، كل واحد منهما لا يستوجب على الآخر ديناً فلا تنقلب موجبة بعد ذلك، وقد طولب بالفرق بين هذا وبين الراهن إذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فإذا يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده / فلم لم يرجع هنا. [٤٢٣/ب]

وأجيب بأن زمان استيجاب الدين هنا هو زمان الكفالة وفيه كان عبداً وفي الرهن كانا حرين ثم فائدة كفالة العبد عن مولاه تعلق الدين برقبته، وفائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته وفاء الدين من سائر أمواله والله الموفق للصواب.

كتاب الحوالة

هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة...

كتاب الحوالة

كل من الكفالة والحوالة عقد التزام ما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل إبراء مقيداً كما سيجيء فكانت كالمركب مع المفرد، والثاني مقدم فلزم تأخير الحوالة وهي لغة النقل والتحويل بل قال في «المصباح»: حولت الرداء نقلت كل طرف موضع الآخر، والحوالة مأخوذة من هذا يقال: أحلته بدينه نقلته من ذمتي إلى ذمتك، وأحلت الشيء إحالة نقلتها أيضاً.

وفي «الفتح» تبعاً «للدراية» يقال: أحلت زيداً بماله على رجل فاحتال أي قبل الحوالة فأنا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محال عليه ومحتال عليه وتقدير المحتال للفاعل على محتول بكسر الواو وفي المفعول بالفتح، وأما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة إليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهو محتال ومحتال عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه ويقال للمحتال أيضاً وعرفاً ما أفاده بقوله (**هي**) أي: الحوالة (**نقل الدين من ذمة**) أي: من ذمة المحيل (**إلى ذمة**) أي: ذمة المحال عليه هذا قول طائفة وهو الصحيح.

وفي «التتارخانية» وعليه الفتوى استدلالاً بأن المحتال لو وهب الدين من المحيل أو أبرأه منه بعد الحوالة لا تصح، ولو بقي الدين لصح كل منهما ونقض هذا التعريف بما إذا وقعت الحوالة بغير إذن المحيل فإنها صحيحة ولا نقل فيها.

وأجيب بأن معنى النقل يتحقق بعد أداء المحال عليه حتى لا يبقى إذ ذاك على المحيل شيء، ورده في «الفتح» بأنه لو صح لصح أن يقال في الكفالة بغير إذن المكفول عليه فيها نقل أيضاً بهذا الوجه، لأنه إذا أدى الكفيل عنه لم يبقَ عليه شيء، والحق أن أصل الجواب ساقط، فإن انتفى الدين عن المحيل بالأداء ليس هو نقل الدين بل نقله هو تحوله من محل إلى محل هو ذمة المحال عليه، وعندي أن الجواب هو أن الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لأن حقيقة الحوالة إن كان فعل المحيل الإحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتفاء الفعل منه، والنقل إنما هو في حقيقتها انتهى. ولا يرد على التعريف ما لو أحال على أنه متى شاء رجع على المحيل حيث يجوز ويرجع على أيهما شاء، كما في «البزازية» لأن هذه كفالة معنى كما في الكفالة.

....

وقيل: هي نقل المطالبة فقط تمسكاً بمسائل ذكرها محمد، منها أن المحتال لو أبرأ المحال عليه فرده لم يرتد، ولو انتقل الدين وجب أن يرتد، ومنها أن المحيل لو دفع المحال به إلى المحتال جبر على القبول ولو انتقل الدين لم يجبر لأنه متبرع، ومنها أن المحال لو وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه لا يصح، ولو انتقل الدين لكان أجنبياً وتوكيله صحيح .ومنها أن المحتال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع بشيء على المحيل ولو كانت بأمره ولو وهبه له رجع به إن لم يكن للمحيل دين، ولو انتقل الدين كان الإبراء والهبة في حقه سواء في عدم الرجوع، وجعل في «البدائع» هذا الخلاف بين المتأخرين وجعله شيخ الإسلام بين الصاحبين وأن الأول هو قول أبي يوسف، والثاني قول محمد وفائدة الخلاف تظهر في مسألتين، إحداهما أن الراهن لو أحال المرتهن بدينه كان له أن يسترد الرهن عنده خلافاً لمحمد، والثانية إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح وعند محمد يصح، وأنكر بعض المحققين هذا الخلاف وقال: لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة فقط بل ذكر أحكاماً متشابهة اعتبر الحوالة في بعض تأجيلاً وجعل المحول بها المطالبة نظراً للمعنى، وفي بعضها إبراء ولو جعل المحول بها المطالبة والدين نظراً لحقيقة اللفظ فلم يبقَ النظر إلا في بيان خصوص الاعتبار في كل مكان، كذا في «الفتح».

وهكذا ذكر في «الظهيرية» حيث قال: اختلف المشايخ في أنها نقل الدين والمطالبة أو نقل المطالبة مع بقاء الدين، وإنما اختلفوا على هذا الوجه لأن محمداً في الحوالة مسائل بعضها يدل على الأول وبعضها يدل على الثاني فذكر ما مر وشرط صحتها في المحيل العقل، فلا تصح حوالة مجنون وصبي لا يعقل والرضا فلا تصح حوالة المكره، وأمّا البلوغ فشرط للنفاذ فصحة حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة الولي وليس منها الحرية فتصح حوالة العبد مطلقاً غير أن المأذون فيطالب للحال والمحجور بعد العتق، ولا الصحة فتصح من المريض وفي المحتال العقل والرضا وأمّا البلوغ فشرط النفاذ أيضاً فانعقد احتيال الصبي موقوفاً على إجازة وليه كان الثاني أملى من الأول كاحتيال الوصي بمال اليتيم، ومن شرط صحتها المجلس.

[٤٢٤/أ] قال في «الخانية»: والشرط حضرة المحتال له فقط/ حتى لا تصح في غيبته إلا أن يقبل منه آخر، وأمّا غيبة المحتال عليه فلا تمنع حتى لو أحال عليه ...[1] فأجاز صح. وهكذا في «البزازية» ولا بد في قبولها من الرضى، فلو أكره على قبولها لم تصح وفي المحال به أن يكون ديناً لازماً فلا تصح ببدل الكتابة كالكفالة وهذا معنى ما في «البدائع» الأصل أن كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به، فلو

---

(١) بياض في الأصل.

وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال والمحال عليه...........

أحال المولى غريماً له على المكاتب لم تصح إلا إذا قيدها ببدل الكتابة ولا يعتق إلا بالأداء، ولو أحال المكاتب مولاه على رجل فإن له عليه دين أو عين هي غصب أو وديعة وقيده بها صحت وعتق، وإن لم يكن واحد منهما أو كان ولم يقيده بها لا تجوز، (**وتصح**) الحوالة (**في الدين**) أي: به إذا كان معلوماً (**لا في العين**) لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور إلا في الدين، والمتصور في العين إنما هو النقل الحسي وقيدنا بكونه معلوماً لأن الحوالة بالمجهول لا تصح قال البزازي: احتال ....[1] مجهولاً على نفسه بأن قال: احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال ولا تصح حوالة أيضاً بهذا اللفظ انتهى.

قال الحدادي: ولا تصح في الحقوق أيضاً انتهى. وبه عرف أن الحوالة على الإمام من الغازي بما يستحقه من الغنيمة بعد إحرازها غير صحيحة، وأن حوالة المستحق بمعلومه في الوقف على الناظر كذلك (**برضى المحتال والمحال عليه**) أمّا الأول فلأن الدين ينتقل بها حقه والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل، فلو لم يشترط رضاه للزم الضرر بإلزامه اتباع من لا يوافيه، أمّا ما رواه الطبراني في مطل الغني ظلم ومن أحيل على مليء فليتبع، وفي رواية أحمد فليحتل فأكثر أهل العلم قال على أنه أمر استحباب، وأمّا الثاني: فلأن الذي يلزمه الدين ولا لزوم إلا بالتزامه ولو كان مديوناً للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء ما بين ميسر سهل، وصعب معسر ولم يذكر رضى المحيل لأنه ليس بشرط ذكره في «الزيادات» لأن التزام الدين من المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره واشترطه القدوري، قال في «العناية»: وفائدة اشتراطه الرجوع عليه إذا كانت بأمره.

وذكر الخبازي عن «الأوضح» لعل موضوع ما ذكره القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما ينقل الحوالة فإنها حينئذٍ تكون إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه قال في «العناية» بعدما ذكر القولين: والظاهر أن يقال الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال عليه والأول إحالة وهي فعل اختياري ولا يتصور بدون الإرادة والرضى وهو محمل وجه رواية القدوري، والثاني احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية «الزيادات» وعلى هذا اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة، وعدم اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية «الزيادات» ليس على ما ينبغي انتهى.

وحاصله أن الحوالة في كلام القدوري بمعنى الإحالة وفي كلام المص كما هو

(١) بياض في الأصل.

وبرئ المحيل بالقبول من الدين ولم يرجع المحتال على المحيل إلا بالتوى.............

رواية «الزيادات» بمعنى الاحتيال وقدمنا بأن الحوالة حقيقة لا بد فيها من رضى المحيل إذ قد عرفوها بالنقل ولا نقل فيها بدون رضاه وعلى هذا فكان على المص إذ قد عرفها بالنقل أن ينحو نحو القدوري إذ الدسومة في «القدوري»، وما في «المجتبى» أحال الغريم بدون رضا المحال عليه لا يجوز وقيل: يجوز كالتوكيل بقبض الدين، وفي شروط «الظهيرية» رضى من عليه الحوالة ليس بشرط إجماعاً.

قلت: معناه إذا كان المحال به مثل الدين انتهى. شاذ والمذهب ما اعتمده أولاً من عدم الحوالة مطلقاً، وفي «البزازية» غاب المحيل وزعم المحال عليه أن مال المحتال على المحيل كان ثمن خمر لا يصح دعواه وإن برهن على ذلك كما في الكفالة وفي «فروق الكرابيسي» أحالها بصداقها على رجل وقبل الحوالة ثم عاد الزوج فبرهن المحال عليه أن نكاحها كان فاسداً وبرهن على ذلك لم يقبل، ولو أقام بينة أنها أبرأته عنه أو أنه أعطاها أو باع منها به شيئاً وقبله قبلت بينته، وإن كان المبيع غير مقبوض لا يقبل، والفرق أن مدعي الفساد متناقض (**وبرئ المحيل بالقبول**) أي: بقبول المحتال والمحال عليه الحوالة من المحيل (**من الدين**) الذي عليه لأن الحوالة التي هي النقل لا تتحقق إلا ببراءة ذمة الأصيل وفيه رد لقول من قال: إنما يبرئ من المطالبة فقط، ومقتضى هذا أن المشتري لو أحال البائع على آخر بالثمن لا يحبس المبيع، وكذا لو أحال المرتهن على الراهن بالدين لا يحبس الرهن، ولو أحالها بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس والمذكور في «الزيادات» عكس هذا، كما في «الشرح» وغيره وقدم المص أن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل بخلاف العكس.

ولو قال: من الدين والمطالبة لكان أولى ليدخل ما لو أحال الكفيل المكفول به، ونص على براءته فإنه يبرأ عن المطالبة، وإن أطلق الحوالة/ [٤٢٤/ب] برئ الأصيل أيضاً، ولا يشترط قبض المحال به في المجلس لبراءته إلا إذا ضمنت الحوالة صرفاً وعلى هذا تفرع ما في تلخيص «الجامع» لو كان دينه جياداً أو ذهباً وعليه زيف أو ورق فأحال عنهما بجياد أو ذهب على أن يأخذهما من غريمه جاز أن يقبل الغريم نافذاً في مجلس المحيل والمحال (**ولم يرجع المحتال على المحيل**) بدينه الذي أحال به (**إلا بالتوى**) عطف على قوله: برئ المحيل، أي: إذا برئ بالقبول لم يرجع المحال على المحيل بشيء إلا بالتوى وهو بالقصر هلاك المال يقال: توي الثوب بالكسر يتوى توي وأتواه غيره وهذا مال أتوا على فعل انتهى، كذا في «الصحاح».

وفي «المصباح» التوى وزان الحصى وقد يمد هو الهلاك، وفيه إيماء إلى أن

وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلساً........................

مرآته ليست مطلقة بل مقيدة بشرط سلامة العافية كيف وقد جاء عن عثمان مرفوعاً وموقوفاً في المحتال عليه إذا مات مفلساً قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، واختلفت عبارات المشايخ في كيفية عود الدين فقيل: تفسخ الحوالة أي: يفسخها المحتال كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيباً وقد تفسخ كالمبيع إذ هلك قبل القبض، وقيل: في الموت تنفسخ وفي الجحود لا تنفسخ، ولم أرَ أن فسخ المحتال يحتاج إلى الترافع عند القاضي، وظاهر أن التشبيه بالمشتري إذا وجد عيباً أنه يحتاج نعم إنها تفسخ لا يحتاج فتدبره.

(وهو) أي: التوى عند الإمام بأحد أمرين **(أن يجحد)** المحال عليه **(الحوالة ويحلف ولا بينة له)** أي: للمحتال ولا للمحيل **(عليه)** أي: على المحال عليه، ولو ادعى المحتال ذلك على المحيل في غيبة المحال عليه أنه جحدها وحلف وبرهن على ذلك لم تصح لغيبة المشهود عليه، كذا في «البزازية» إلا إذا صدقه المحيل فإنه يرجع عليه من غير برهان، كما في «المحيط» **(أو يموت)** المحال عليه **(مفلساً)** لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما، ومعنى الإفلاس أن لا يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً سواء كفل بأمره أو لا لأنه خلف عنه، ولو مات وترك رهناً رهنه غيره بأمره أو بغير أمره ....[1] على المبيع أو لا عاد الدين إلى ذمة المحيل لأن عقد الرهن لم يبقَ بعد الموت المحال عليه مفلساً إذا لم يبقَ الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال، كذا في «الشرح».

وقيد في «البزازية» التسليط على البيع بما إذا لم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلساً ولا بد منه لأنه إذا قبضه فقد تم الأمر، ولو اختلفا في موته مفلساً فالقول للطالب مع اليمين على العلم لتمسكه بالأصل وهو العسرة، ولو قال المحيل: مات بعد الأداء، وقال المحتال: بل قبله وتوى حقي فالقول له وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما لو أوصى لفقراء بني فلان فقال أحدهم: أنا فقير، وقالت الورثة: بل غني فالقول للورثة والفرق الفقير مدعٍ وفي مسألتنا الطالب منكر معنى لأن المحيل بدعواه أن المحتال عليه مات عن وفاء يدعي بوجه المطالبة على الورثة وإنما لم تكن ثابتة على الوارث وهذا دعوى على الطالب فإنه متى ثبت ذلك لا يعود الدين إلى المحيل، كذا في «الذخيرة».

واعلم أنهما جعلا من التوى أيضاً أن يحكم الحاكم بإفلاسه بالشهود حال حياته وهذا بناء على أن التفليس يصح عندهما وعنده لا يصح لتوهم ارتفاعه بحدوث ماله، يقال: إن أفلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر

---

(١) بياض في الأصل.

فإن طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين، وإن قال المحيل للمحتال: أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال: أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل ولو أحال بماله عند زيد وديعة صحت فإن هلكت برئ.....

وفلسه القاضي، أي: قضى عليه بإفلاسه حين ظهر له حاله، كذا في «طلبة الطلبة» للإمام عمر النسفي (**فإن طالب المحتال عليه المحيل بما**) أي: بمثل الذي (**أحاله**) به مدعياً قضاء دينه بماله بأمره (**فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك**) لم يقبل قوله، بل (**ضمن المحيل مثل الدين**) الذي أحاله به لأن سبب الرجوع قد تحقق بإقراره وهو قضاء دينه بأمره إلا أن يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر والبينة للمحيل، وقبول الحوالة ليس إقراراً بالدين لأنها قد تكون بدونه ولم يقل ضمن مثل ما أداه لأنه لو أحاله بدراهم فأدى دنانير أو عكسه أو أعطاه عرضاً أو صالحه بشيء رجع بالمحال به إلا إذا صالحه على جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدى ولو أعطاه زيوفاً بدل الجياد رجع بالجياد، كذا في «البزازية».

(**ولو قال المحيل للمحتال: أحلتك**) على فلان أي: وكلتك (**لتقبضه لي، فقال المحتال: أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل**) لأن المحال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمنكر مع يمينه، ولفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة مجازاً ومنه قول محمد: إذا امتنع المضارب عن تقاضي الديون لعدم الربح يقال له: أحل رب الدين أي: وكله، وفي قوله: فقال المحتال إيماء إلى أنه حاضر فلو قال غائباً أراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلاً إنما وكلته بقبضه. قال أبو يوسف: لا/ أصدقه ولا أقبل بينته، وقال محمد: يقبل قوله، كذا في «الخانية». [٤٢٥/أ]

ولو ادعى المحتال أن المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيلاً في بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضاً، (**ولو أحاله بما له على زيد وديعة صحت**) بيان للحوالة المقيدة وهي أقسام ثلاثة مقيدة بعين أمانة، أو مضمونة وبدين خاص وحكمها في هذه الأقسام أن لا يملك المحيل مطالبه عليه بالدين ولا بالعين لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق المطالبة به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن وبأخذ المحيل يبطل هذا الحق حتى لو دفع المحال عليه ذلك إلى المحيل ضمنه للطالب لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال كذا في «الفتح» وكان ينبغي أن يقال: إن كان العين قائمة رجعها المحتال عليه على المحيل لأنه قبض ما لا يستحقه، ولو استهلكها كان له أن يرجع عليه بقيمتها، (**وإن هلكت**) الوديعة (**برئ**) زيد على المطالبة بها ويثبت الهلاك بقوله.

قال في «الخلاصة»: ولو قال المودع ضاعت بطلت الحوالة، وفي «التتارخانية»

وكره السفاتج.

ولو وهبها المحتال من المحال عليه صح التمليك وهو مشكل لأن المحتال لم يملكها فكيف يملكها؟ وجوابه أنه لما كان له حق أن يملكها كان له أن يملكها انتهى. وليس للمحيل أن يرجع على المحال عليه بشيء بخلاف ما لو أبرأه من الدين فإن للمحيل أن يأخذ منه ما كان عنده من الدين أو العين، والفرق أن المحال عليه ملك الدين بالهبة معنى ولا كذلك في الإبراء، ولو مات المحيل كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص، كذا في «السراج».

وفي «الخانية» لو كانت الحوالة مقيدة بوديعة فمرض المحيل فدفعها إلى المحتال له ثم مات المحيل وعليه ديون لا يضمن المودع شيئاً ويكون بين غرماء المحيل وبينه بالحصص انتهى. ولو كانت مقيدة بدين فقضاه إيّاه والمسألة بحالها سلم للمحتال ما أخذه ويؤخذ من المحال عليه ويقسم بين الغرماء بالحصص ويشاركهم المحال عليه، كذا في «المحيط».

قال في «البحر»: وظاهر قولهم يقسمه بين غرماء المحيل أنه يقسم بين ورثته أيضاً بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته، ولم أره في «الخانية» وغيرها لو أمسك الوديعة لنفسه وقضى دين المحال من مال نفسه كانت الوديعة له ولم يكن متبرعاً استحساناً قيد بالهلاك لأنه لو استهلكها لم يبرأ، كما إذا كانت مقيدة بالمغصوب فهلك حيث لا يبرأ أيضاً لأنه يخلفه القيمة والفوات إلى خلف كالفوات حتى لو هلك لا إلى خلف بأن استحق بالبينة صار كالوديعة. مهمة لم أرَ حوالة المستحق بمعلومه على ناظر الوقف ولا شك أن المطلقة منها لا تصح لتصريحهم باختصاصها بالديون لابتنائها على النقل.

قال في «الجوهرة»: فلا تصح بالحقوق، وأمّا المقيدة ففي «البحر» إن كان مالٌ الوقف تحت يد الناظر ينبغي أن تكون صحيحة كالإحالة على المودع بجامع أن كلاً منهما أمين ولا دين عليه، وأمّا إذا لم يكن مال الوقف في يده فلا لأنها لثبوت المطالبة انتهى. ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة المحرزة تحت يد الإمام من أحد الغانمين وعندي فيه ترد فتدبره (**وكره السفاتج**) جمع سفتجة بفتح السين، وقيل: بضمها وفتح التاء معرب سفنة وهي الشيء المحكم سمي هذا القرض به لإحكام أمره وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق بأن يقرض ماله عند الخوف عليه يرد عليه في لموضع آمن لأنه ﷺ: «نهى عن قرض جر نفعاً»[١] وأخرج ابن عدي السفتجات حرام[٢]، وإطلاق المص يفيد إناطة الكراهية بجر النفع سواء كان ذلك مشروطاً أو لم يكن قال الشر: وقيل إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به انتهى.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٥/ ٣٥٠)، والزيلعي في نصب الراية (٤/ ٦٠).

(٢) أخرجه الشوكاني في الفوائد المجموعة (١/ ٤٣٦).

....

- -

وجزم بهذا القيد في «الصغرى» و«الواقعات الحسامية» والكفالة للشهيد، وعلى ذلك جرى في صرف «البزازية» فقال: لا بأس بقبول هدية الغريم وإجابة دعوته بلا شرط، وكذا إذا قضى أجود مما قبض يحل بلا شرط، وكذا إذا قضى دون ولو رجح في الوزن إن كثيراً لم يجز وإن قليلاً جاز، وما لا يدخل في معادن الوزنين ولا يجري في الكيلين لا يسلم بل يرده والدراهم في مائة يرده بالاتفاق، واختلفوا في نصفه قيل: كثير، وقيل: قليل وإن المستقرض وهب له الزائد لم يجز لأنه مبتاع يحتمل القسمة انتهى. نعم قالوا: إنما يجعل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل فلا.

قال في «الفتح»: والذي يحكى عن الإمام أنه لم يتعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعاً يملكه كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً؟ وأنت خبير بأن هذا لا يقدح في نقل الثقات عنه ذلك بل هو محمول على الورع قيل: وإيراد المسألة لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة وقال الإمام الكردي: لأن المقرض أحال الخطر الواقع/ على المستقرض فكان في معنى الحوالة. [٤٢٥/ب]

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات تقع في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع وهو القضاء، كذا في «العناية» و«فتح القدير» وهو صريح في أن المراد القضاء الحكم وح فكان ينبغي بيان وجه التأخير عما قبله كذا قيل، ويمكن أن يقال: أرادوا بيان من يصلح للقضاء أي الحكم لتصح الدعوى عنده فلا جرم أن ذكر قبلها ولا خفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أكثر المنازعات في الديون والحوالة المطلقة مختصة بها فذكر بعدها، وكما جاء بمعنى الحكم لغة جاء أيضاً بمعنى: الفراغ والأداء والإنهاء والصنع والتقدر كما في «الصحاح» قال ابن قتيبة: وكلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر يعني بإكماله وعرفاً فصل الخصومة، كما في «الشرح» تبعاً «للمحيط» قال العيني: والأولى أن يقال: هو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة وليس بجامع لأن فعله حكم أيضاً كما سيأتي، وعرفه ابن الغرس بأنه الإلزام في الظاهر على صفة مختصة بأمر ظني لزومه في الواقع شرعاً، والمراد بالإلزام التقرير التام سواء كان إلجاء إلى فعل أو ترك فهو كالجنس وقوله في الظاهر فصل عما ألزم به الشرع في نفس الأمر لأن ذلك الإلزام راجع إلى الخطاب، ومعنى في الظاهر في الصورة الظاهرة إشارة إلى أن القضاء مظهر للأمر الشرعي لا مثبت له وما يفهم عن الحنفية أنه مثبت أخذاً من قول الإمام بنفوذ القضاء بشهادة الزور ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ فهمٌ قاصر إذ الأثر الشرعي في مثل ذلك ثابت تقديراً والقضاء يقدره ظاهر، إلا أنه أثبت أمراً لم يكن وقوله على صفة فصل عن مطلق الإلزام إذ المعتبر ههنا الإلزام بالصيغة الشرعية كألزمت وحكمت وقضيت وأنفدت عليه القضاء، وفي ثبت عندي خلاف سيأتي وقولنا بأمر إلخ فصل عن الجوز والتشهي وما في معنى ذلك، وأورد أن التعريف غير منعكس لخروج القضاء بقطعي كالقضاء بالحرية مثلاً.

وأجيب بأنه لا بد للقضاء في كل قضية من الظني، إما في المقضي به أو في متعلقه أو في متعلقهما انتهى ملخصاً وركبه قوله: أو فعل فالقول ما مر ومنه قوله بعد إقامة البينة للمعتمد بعد البرهان اقسمه واطلب الذهب منه وظهر أوضح عندي أو علمته فهذا كله حكم في المختار، كذا في «القنية» ومنه أشهد عليه كما في «الخزانة» وليس منه أرى أن الحق للمشهود له لأنه بمنزلة أظن، ولو قاله لم يكن قضاء كذا في «الخانية» وينبغي أن يكون بضم الهمزة، أما إذا كان بمعنى اعلم فقد مر أن علمت تكون حكماً، وليس منه أيضاً لا أرى لك حقاً في هذه بهذا الدعوى ما

. . . .

لم يقل أمضيت أو أنفذت عليك القضاء، وكذا قوله للمدعى عليه سلم هذه الدار إليه بعد إقامة البرهان وهذا نص على أن أمره لا يكون بمنزلة قضائه، وذكر شمس الأئمة أنه حكم لأنه أمر إلزام قال البزازي: ويدل على أنه ليس بحكم ما ذكره الظهري وقف على الفقراء واحتاج بعض قرابته فأمر القاضي أن يصرف شيئاً من الوقف إليه فهو بمنزلة الفتوى حتى لو أراد أن يصرفه لآخر صح، ولو حكم بأن لا يصرف إلا إلى أقربائه نفد حكمه دل هذا أن أمره ليس بحكم انتهى.

وفي وقف «فتح القدير» استبعدت صحة الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى ظفرت بقوية بأن هذا الحكم لا يصح ولا يلزم انتهى. وهو ظاهر في أنه مع شروطه تصح اتفاقاً بأن أعطاه المتولي سنة ثم منعه وأراد إعطاء غيره فترافعا إلى القاضي فرأى أن الدفع إليه أصلح فحكم على المتولي بأن لا يعطي غيره، ولم يحكوا خلافاً إن أمره بحبس الخصم قضاء بالحق كما في «القنية»، وأما الثبوت فصح البزازي أنه حكم قال في «الفتاوى الكبرى»: وعليه الفتوى، أي قول القاضي ثبت عندي ما ادعاه عليك هذا، وأما إذا لم يكن هذا المعنى فليس بحكم قطعاً ويظهر ذلك في مسائل منها ما لو قالوه في خيار العيب من أنه إذا لم يكن ظاهراً فلا بد لصحة الدعوى به من ثبوت قيامه حال الدعوى وذلك من تمامها، وما ذكروه بالحكم بالنفاذ من أنه يشترط له أن يثبت عند القاضي بالبينة أن العقار في يد المدعى عليه ولا يكفي في ذلك تصادقهما ومنها ثبوت ملك البائع للعين وهو المسمى بينة إلخ بأن من أحل صحة البيع أو الوقف أو الإجارة، وقد سئل قارئ «الهداية» هل يشترط في صحة حكم الحاكم بوقف أو بيع أو إجارة ثبوت ملك الواقف أو البائع أو المؤجر وحيازته أم لا يشترط؟ أجاب إنما يحكم بالصحة إذا ثبت/ أنه مالك لما وقفه، أو أن له ولاية [٤٢٦/أ] الإيجار والبيع لما باعه، وإن لم يثبت شيء من ذلك لا يحكم بالصحة بل بنفس الوقف والإجارة والبيع لما باعه، والحاصل أن الثبوت إن وقع في مقدمات الحكم لم يكن حكماً وإلا كان حكماً يعني بعد الدعوى الصحيحة.

واعلم أن ظاهر كلامهم الاتفاق على اعتبار الحكم بالصحة على سبيل الاستقلال، ونظر فيه ابن الغرس بأن القضاء في حقوق العباد إنما هو لدفع النزاع ومن المعلوم أنه لا يقع في صحة العقد وفساده بل في آثار ذلك ومتعلقاته فما الداعي إلى القضاء يقضي بالصحة فالوجه أن القضاء بها لا يصح على وجه الاستقلال وأن يكون ذلك ضمناً، فإن لم يكن وقوع التداعي والتخاصم في ذلك لم يكن انتهى ملخصاً،

....

وأما فعله فإذا لم يكن موضعاً للحكم فليس بحكم كما أذنته مكلفة بتزويج نفسها فزوجها، وإن كان موضعاً له فظاهر كلامهم أنه حكم ففي «التتمة» و «الخانية» لو باع مال اليتيم من نفسه أو باع من اليتيم لم يجز لأن بيع القاضي قضاء منه وأنه لا يصح قاضياً لنفسه، وفي «التتمة» لو زوج اليتيمة من ابنه لا يصح وفي «الأصل» حضر الورثة وفيهم صغير أو غائب وطلبوا قسمة العقار قال الإمام: لا أقسم بإقرارهم حتى يقيموا البينة على الموت والوارث لأن فيه قضاء على الغائب أو الصغير بقولهم لأن قسمة القاضي قضاء منه، وقالا: لا ينقسم إلا أنه في نكاح «فتح القدير» قال في مسألة التزويج الإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنياً عن جعل فعله حكماً مع انتفاء شرطه وكذا إذا باع مال يتيمة من نفسه بكل من الوجهين والأوجه ما ذكرنا انتهى.

وأقول: ومما يدل على أنه ليس بحكم إثباتهم خيار البلوغ للصغير والصغيرة بتزويج القاضي على الأصح، ولو كان تزويجه حكماً للزم نقضه غير أن الإلحاق بالوكيل لا يأتي فيما لو زوج اليتيمة من ابنه أو باع منه مال يتيم لنصهم أن الوكيل لو باع لمن لا تقبل شهادته له لو بأكثر من القيمة جاز بلا خلاف، كما في «النهاية» وغيرها، ولذا لا يأتي في مسألة القسمة التي هي نص محمد في «الأصل»، وفي «البحر» لما كثر في كلامهم أن فعله حكم فالأولى أن يقال: إنه يحتاج إليها في الحكم القولي لا في الفعلي تصحيحاً لكلامهم وعرف من كلامهم أنه لا خلاف في اشتراطها صحيحة للحكم القولي، وقد حكى العلامة قاسم في «فتاواه» الإجماع عليه أي إجماع فقهائنا فإن لم يوجد كان إفتاء كما صرح به في «الفصول» و«البزازية» وغيرهما وبه عرف أن التنفيذ الواقع في ديارنا ليس من الحكم في شيء إذ غايته إحاطة القاضي الثاني بحكم الأولى على وجه التسليم له ومعنى ما سيأتي من قول المص وإذا رفع إليه حكم قاضٍ أمضاه أي ألزم الحكم به يعني إذا حصلت فيه خصومة من مدعٍ على خصم ويدل على ذلك ما في «الخلاصة» و«البزازية» وإذا أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الأصل فلا بد من دعوى صحيحة على خصم حاضر وإقامة البينة كما لو أرادوا إثبات قضى قاضٍ آخر انتهى. فإذا وجدت الدعوى كان حكماً لأن القضية الشخصية الواحدة يجوز أن يتوارد عليها الأحكام المتعددة المتفق عليها، لكنني لا أرى للثاني فائدة بعد صحة الأول إلا مجرد التقوية.

واعلم أن السلف إنما كانت أحكامهم صرائح فيقولون قضى له بالدار ونحو ذلك، ثم تعورف القضاء بالموجب تيسيراً وهو عبارة عن المعنى المتعلق عما

أهله أهل الشهادة...

أضيف له في ظن القاضي شرعاً من أنه يقضي به، فإذا حكم حاكم حنفي بموجب بيع مدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع، ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح لأن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم ثم هو لا يخلو إما أن يكون أمراً واحداً أو أموراً يستلزم بعضها بعضاً أو لا.

فالأول: كالقضاء بالأملاك المرسلة والطلاق والعتاق إذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة، والثاني: كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول له وطالبه به فأنكر الدين فأقام البينة على الدين والكفالة فحكم بموجب ذلك فالموجب هاهنا أمران، لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل.

والثاني يستلزم الأول في الثبوت والثالث كما إذا حكم شافعي بموجب بيع عقار فتم الحكم على ما وقعت به الدعوى فلا يكون حكماً بأنه لا شفعة وهكذا في نظائره، هذا حاصل ما قرره ابن الغرس، وبقي قسم رابع نص عليه في «منية المفتي» وغيرها فقال في فسخ اليمين المضافة لو قال القاضي: قضيت بالنكاح بينهما صح وإن كان له أيمان مختلفة، ولو لم يبطل القاضي حتى أجاز نكاح فضولي بالفعل ثم طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بنفسه ثم رفع الأمر إلى القاضي، فإن علم يتقدم نكاح الفضولي ومع ذلك قضى / بالنكاح بينهما صح وكان قضاء ببطلان اليمين وببطلان نكاح الفضولي وبطلان الثلاث بعده وإن لم يتقدم نكاح الفضولي انتهى. فهذا الأمور التي استلزمها الحكم بالنكاح توقف إيقاعها على علمه بها والله الموفق. [٤٢٦/ب]

وقد وقعت حادثة هي أن شخصاً وقع في حقه عليه الصلاة والسلام بما يوجب كفره فحكم حنفي بموجب ذلك هل يكون حكماً بهدم قبول توبته؟ فليس للشافعي أن يحكم بقبولها وقياس مسألة الشفعة أن لا يكون مانعاً من الحكم بقبول توبته وهو الذي ملت إليه هنا، وليس من الشرائط المصر فيصح القضاء في السواد وبه يفتى، كما في «البزازية» ولا كون المتداعيين من بلدة القاضي في غير العقار، وأما العقار الذي لا في ولايته فالأصح فيه الجواز، كما في «الخلاصة» وغيرها **(أهله)** أي: القضاء **(أهل الشهادة)** أي: أدائها على المسلمين، كذا في «الحواشي السعدية» ويرد عليه أن الكافر لو ولي قاضياً ليحكم بين أهل الذمة جاز، صرح به الشر في التحكيم وشرط أن يكون من أهل الشهادة لأن كلاً منهما يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة من الإسلام والتكليف والحرية وكونه غير أعمى ولا محدوداً في قذف ولا أصم ولا أخرس، وأما الأطرش الذي يسمع القوي من الأصوات فالأصح جواز توليته،

والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة..

وظاهر أن الكلية أعني كل من كان أهل الشهادة هو أهل للقضاء مطردة غير منعكسة عكساً لغوياً فلا يرد أن من فعل ما يخل بالمروءة فهو أهل للقضاء دون الشهادة، ولأن شهادة العدو عن عدوه من حيث الدنيا لا تقبل وقضاؤه عليه صحيح (**والفاسق أهل للقضاء**) أي: لتولية القضاء (**كما هو أهل للشهادة**) أي: لأدائها على معنى أن القاضي لو قضى بشهادته فقد أثم كما يأثم بتولية الفاسد وصرح بذلك في «إيضاح الإصلاح» وأفصح بهذه الجملة دفعاً لقول من قال: إنه ليس بأهل له فلا يصح قضاؤه لأنه لا يؤمن عليه لفسقه وهو قول الثلاثة واختاره الطحاوي. قال العيني: وينبغي أن يفتى به خصوصاً في هذا الزمان انتهى.

أقول: لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصاً في زماننا فلذا كان ما جرى عليه المص هو الأصح، كما في «الخلاصة» وهو أصح الأقاويل كما في «العمادية» واستثنى أبو يوسف ما إذا كان الفاسق ذا جاه ومروءة فإنه يجب قبول شهادته، كذا في «البزازية» وعليه فلا إثم أيضاً بتوليته القضاء حيث كان كذلك إلا أن يفرق بينهما (**إلا أنه لا ينبغي**) أي: لا يليق (**أن يولى**) لأنه لفسقه يستحق الإهانة لا التعظيم بتوليته القضاء (**ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة**) قبل القضاء أو بعده لا فرق بين رشوته ورشوة ولده ومن لا تقبل شهادته، وكذا أعوانه إذا علم بذلك خصها بالذكر لأنها معظم ما يفسق به القاضي وإلا فالفسق قد يكون بغيرها كشرب الخمر ونحوه (**لا ينعزل**) فيه إيماء إلى أن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وهذا أحد أقوال ثلاثة، والثاني: لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه، واختاره السرخسي والثالث: لا ينفذ فيهما، والأول اختاره البزدوي واستحسنه في «الفتح» لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه وقد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر، وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى، وأنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع بل يؤثر بملاحظة كونه عملاً لنفسه وبهذا يترجح ما اختاره السرخسي وفي «الخانية» إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه وقيل: إنه ينعزل لأنه حين ولاه اعتمد على عدالته فكانت ولايته مقيدة بها فيتحول بزوالها، ولا شك أن الولاية تقبل التقييد والتعليق كما إذا وصلت مكة فأنت قاضيها أو أنت أمير الموسم، والإضافة أيضاً كجعلتك قاضياً في رأس الشهر، والاستثناء كجعلتك قاضياً إلا في قضية كذا قال في «إيضاح الإصلاح» وعليه الفتوى، إلا أن ظاهر المذهب وعليه

لا ينعزل ويستحق العزل، وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً، ....

البخاريون والسمرقنديون أنه لا ينعزل إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه يزول بزواله، ولو شرط في التقليد أنه متى فسق انعزل، فإنه ينعزل كما في «البزازية» وغيرها وهذا ينبغي أن يكون مجمعاً عليه ويستحق العزل أي يجب على السلطان عزله، كذا في «الفصول» وغيرها ولا ينافيه ما في «الدراية» من أنه يحسن عزله لمن تأمل.

قال في «الفتح»: واتفقوا في الأمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة انتهى. وفي أول دعاوى «الخانية» الوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي (**يستحق العزل**) ولا ينعزل (**ولو أخذ القضاء بالرشوة**) بتثليث الراء (**لا يصير قاضياً**) وهي الجعل وارتشى أخذها واسترشى طلبها، وأرشاه حاباه وصانعه وأرشاه/ [١/٤٢٧] أعطاه الرشوة كذا في «القاموس» وهي كما قال بعضهم: ما يعطيه إن بعينه والهداية لا شرط فيها .قال في «البحر»: ولم أر ما لو تعين عليه القضاء ولم يول إلا بمال هل يجوز له بذله ينبغي أن يحل وإن عزله لا يصح انتهى.

وأقول: هذا ظاهر في صحة توليته وإطلاق المص يرده، وأما عدم صحة عزله فممنوع .قال في «الفتح»: للسلطان أن يعزل القاضي بريبة، وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل انتهى. نعم لو قيل: إنه لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل، واعلم أنهم قسموا الرشوة إلى أربعة أقسام حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة، وأما الذي قلد بواسطة الشفعاء فكالذي قلد احتساباً، كذا في «الفتح» الثاني ارتشى ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين، الثالث: أخذ المال ليثبتوا أمره عند السلطان دفعاً للضرر وجلباً للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع، وفي «القنية» أبرأه عن الدين ليثبتوا أمره عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة انتهى. وحيلة أكلها للآخذ أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة، ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان في الأمر الفلاني ومن حوادث الفتوى أن أويس باشا أجّر نفسه لبعض الأمراء ليكف الظلم عنه في بلدة معينة ثم مات هل الإجارة على إقامة واجب تعين عليه، ويدل على ذلك ما في «الخلاصة» وغيرها معزياً إلى «الأقضية» الهدية ثلاثة حلال من الجانبين للتودد، وحرام منها وهو الأخذ للإعانة على الظلم وحرام على الآخذ وهو الأهدى للكف عن الظلم والحيلة أن يستأجره ثلاثة أيام ليعمل له ثم يستعمله إذا كان فعله تجوز عليه الإجارة كتبليغ الرسالة ونحوها وإن لم يبين لمدة لا يجوز انتهى.

ولا شك أن هذا الفعل مما لا يجوز عليه الإجارة لما قد علمته، الرابع: ما يدفع

والفاسق يصلح مفتياً وقيل: لا،..

لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخذ، وجعل في «الدراية» من هذا القسم ما يأخذه الشاعر، ويجوز المصانعة في أموال اليتامى وبه يفتى (**والفاسق يصلح**) أن يكون (**مفتياً**) لأنه قد يتحرى الصواب حذراً من النسبة إلى الخطأ (**وقيل: لا**) يصح لأن خبره غير مقبول في الديانات وإن قبل في المعاملات كما سيأتي .قال العيني: واختاره كثير من المتأخرين وجزم به في «المجمع» و«شرحه» وقال في «التحرير»: الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه مفتياً والناس يستفتونه معظمين، وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدها فإن جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره إذ الاتفاق على المنع انتهى.

تكميل: لا خلاف في اشتراط إسلام المفتي وعقله وشرط بعضهم تيقظه، نعم لا يشترط أن يكون حراً ولا ذكراً ولا ناطقاً فيصح إفتاء الأخرس حيث فهمت إشارته بل الناطق إن قيل له: أيجوز هذا؟ فحرك رأسه أن نعم جاز أن يعمل بإشارته وينبغي أن يكون منتزهاً عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف، والأصح أن الإفتاء غير مكروه لمن كان أهلاً وعلى ولي الأمر أن يبحث عمن صلح للفتوى ويمنع من لا يصلح ونقل عن بعض الشافعية أنه إن لم يكن غير تعين عليه وإلا فرض كفاية، وسئل محمد بن الحسن متى يحل للرجل أن يفتي؟ قال: إذا كان صوابه أكثر من خطئه، وفي «منية المفتي» يجب أن يكون المفتي حليماً ديناً لين القول منبسط الوجه وينبغي له أن يقدم أولاً من جاه أو لا ولا يقدم الشريف على الوضيع، وإذا أجاب ينبغي أن يكتب عقب جوابه والله أعلم، ونحوه وقيل في المسائل التي اجتمع عليها أهل السنة يكتب والله الموفق أو بالله التوفيق، ولا ينبغي له أن يحتج للفتوى إذا لم يسأل عنه، وإذا أخطأ رجع ولا يستحي ولا يأنف ثم الفتوى مطلقاً بقول الإمام ثم بقول أبي يوسف، ثم بقول محمد، ثم بقول زفر ثم بقول الحسن بن زياد وقيل: إن كان الإمام في جانب وصاحباه في جانب فالمفتي بالخيار وإلا فبالأصح إذا لم يكن مجتهداً انتهى. وفي «الحاوي القدسي» أن العبرة بقوة المدرك وما في «المنية» أضبط والله أعلم.

تتمة: اشتقاق الفتوى من الفتى لأنها جواب في حادثة أو حوادث حكم أو تقوية لبيان مشكل وعرّفها الشيخ اللقاني المالكي بأنها الإخبار عن الحكم على غير وجه الإلزام قيل: احترز بالقيد الأخير عن القضاء وفيه نظر، إذ القضاء إنشاء فلا يصدق ما قبل هذا القيد عليه بل إنه يلاحظ فيما ينبئ عنه المفتي من الحدوث

ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً، وينبغي أن يكون موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه، والاجتهاد................

والقوة، كذا في حاشية «الكشاف» للسيد والكلام في آداب المفتي والمستفتي طويل وفي ما ذكرناه كفاية (**ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً**) أي: سيئ الخلق جافياً (**غليظاً**) أي: قاسي القلب قاله المصنف وقاله البيضاوي وعليه جرى مسكين وقال العيني: أنه شديد في الكلام متفاحشاً، وفي «المصباح» فظ الرجل يفظ من باب تعب فظاظة/ حتى يهاب في غير موضعه، وغلظ الرجل اشتد فهو غليظ وفيه غلظة [٤٢٧/ب] أي غير لين ولا سلس (**جبار**) أي: متكبراً مقبلاً بغضب قال العيني: وقال مسكين: الجبار من جبره على الأمر بمعنى أجبره أي لا يجبر غيره علي ما لا يريد ويوافقه ما في «المصباح» وهو الحامل غيره على الشيخ أو الشيء قهراً أو غلبة (**عنيداً**) أي: معانداً وهو المجانب للحق والمعادي لأهله، وفي «المغرب» رجل عنيد يعرف الحق فيأباه (**وينبغي أن يكون موثوقاً به**) من وثقت به أثق به بكسرهما ثقة ائتمنه (**في عفافه**) وهو الكف عن المحارم وخوارم المروءة (**وعقله**) وهو كما في «التحرير» قوة بها إدراك الكليات للنفس فلا يولى ناقص العقل وهو الأحمق ومن علاماته طول لحيته وكثرة الالتفات والعجلة في الأمور بحيث لا ينظر في عواقبها، قالوا: ولا دواء لهذا الداء إلا الموت.

وقال عيسى عليه الصلاة والسلام: «عالجت الأكمه والأبرص وأبرأتهما وعالجت الأحمق فلم يبرأ»[١] (**وصلاحه**) قال الخصاف: أهل الصلاح عندنا من كان مستوراً ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل السوء ليس بمعاقر للنبيذ ولا غلبة الرجال وليس بقذاف للمحصنات ولا معروفاً بالكذب (**وفهمه**) قيل: الفهم قوة من شأنها أن تغذ النفس لاكتساب الآراء والمطالب وجودة الزكاء تلك القوة (**وعلمه بالسنة**) وهي أقواله ﷺ وأفعاله وتقريره وهو سكوته عن أمر يعاينه من مسلم (**والآثار**) الواردة عن أصحابه (**ووجوه الفقه**) أي: الطريق التي يستنبط منها الفقه والأصول التي ينبني عليها. وقال مسكين: الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعاني التي تعلقت بها الأحكام من كتاب وسنة وإجماع ومقتضياتها وإشاراتها.

فائدة: قال في «التتارخانية»: من آداب القضاء القاضي يطلق عليه اسم خليفة رسول الله بلا خلاف، واختلفوا في إطلاق اسم خليفة الله تعالى انتهى. (**والاجتهاد**)

---

(١) لم أجده.

شرط الأولوية، والمفتي ينبغي أن يكون هكذا........................

لغة بذل المجهود والطاقة في تحصيل ذي كلفة وعرفاً ذلك من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ونفى الحاجة إلى قيد الفقه للتلازم بينه وبين الاجتهاد سهو، ثم هو تعريف بفرع من الاجتهاد لأن ما في العقليات اجتهاد غير أن المصيب واحد والمخطئ آثم والأحسن تعميمه بحذف ظني، كذا في «التحرير» قال في «التلويح»: ومعنى بذل الطاقة أنه يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه وشرطه الإسلام والعقل والبلوغ وكونه فقيه النفس أي شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة العربية وكونه حاوياً لكتاب الله تعالى مما يتعلق بالأحكام وعالماً بالحديث متناً وسنداً وناسخاً بالقياس، وهذه الشرائط إنما هي في حق المجتهد المطلق التي يفتى في جميع الأحكام، وأما المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلاً الاجتهاد في حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح انتهى. وزاد المص هنا الاجتهاد بالمعنى الأول (**شرط الأولوية**) لتعذر وجوده في كل حين، على أنه يجوز خلو الزمن عنه عند الأكثر وح فتصح تولية الجاهل لأن إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره قيل: المراد به المقلد بدليل جعل الاجتهاد شرط الأولوية غير أن الدليل لا يناسبه إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء، كذا في «الحواشي اليعقوبية» وعلى ذلك القيل جرى ابن الغرس فقال: ليس مرادهم بالجاهل العامي المحض بل لا بد من تأويل العلم والفهم وأقله أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة، وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ وكيفية الإيراد والإصدار في الوقائع والدعاوى والحجج ويدل على ذلك قولهم: العالم إذا تعين للقضاء وجب عليه قبوله وإذا تركه أثم، وما لم يتعين فالقبول أفضل وإذا كان الجاهل أهلاً للقضاء فمتى يتعين.

وأقول: وجود الجاهل لا يمنع من تعينه وذلك أنه إذا لم يوجد غيره ولم يقبل أثم، وإن وجد جاهل تصح توليته نعم قال البزازي في الأيمان: المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر دل هذا على أن الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضاً فلا بد من كون الحاكم في الدماء والفروج عالماً ديناً كالكبريت وابن الكبريت الأحمر وأين العلم انتهى.

(**والمفتي ينبغي أن يكون كذلك**) أي: موثوقاً به في علمه وأمانته إلى آخره وإن مجتهداً. قال في «الفتح»: واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي إلا المجتهد، وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد فمن يحفظ أقوال المجتهدين

وكره التقلد لمن خاف الحيف وإن أمنه لا، ولا يسأل القضاء.........

فليس بمفت والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ المستفتي، وطريق نقله كذلك من المجتهد أحد أمرين إما أن يكون/ له فيه سند إليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد [٤٢٨/أ] ابن الحسن ونحو هاتين من التصانيف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور هكذا ذكر الرازي، فعلى هذا لو وجد بعض نسخ «النوادر» في زماننا لا يحل عزو ما فيه إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشهر في عصرنا في ديارنا ولم يتداول نعم إذا وجد النقل عن «النوادر» مثلاً في كتاب مشهور معروف «كالهداية» و«المبسوط» كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب.

(وكره) تحريماً كما في «الفتح» **(التقليد)** أي: تقليد الخليفة القضاء **(لمن خاف)** منه **(الحيف)** أي: الظلم وفي نسخة التقليد أي تقليد القضاء لمن خاف الحيف على نفسه وخوف عدم العدل لعجزه كخوف الجور لأن الغالب هو الوقوع في محظوره ومحل الكراهة ما لم يتعين عليه، فإذا انحصر الأمر فيه وصار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه إلا إذا كان السلطان يمكنه أن يفصل الخصومة ويتفرغ لذلك، كذا في «الفتح» وإذا لم يمكنه الفصل وفي البلدة قوم صالحون فامتنعوا كلهم أثموا، كذا في «البزازية» وهل للسلطان إجبار أحد منهم أو من تعين عليه؟ قال في «البحر»: لم أره والظاهر جواز إجباره **(وإن أمنه)** أي: الحيف **(لا)** أي: لا يكره التقليد لأن كبار الصحابة والتابعين تقلدوه، وفي «النهاية» منهم من قال: لا يجوز الدخول فيهم إلا مكرهاً وأبو حنيفة منهم، والصحيح أن الدخول رخصة والامتناع غريمة انتهى.

وعلى هذا فالأولى عدمه وقيل: إن الدخول فيه غريمة والامتناع رخصة فالأولى الدخول فيه قال البزازي: وعامة المشايخ على الأول وجزم به في «الفتح» معللاً بأن الغالب خطأ ظناً من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فالحاصل أنه قد يكون فرض عين إن تعين، وفرض كفاية للمتأهل عند وجود غيره ومكروهاً عند خوف الظلم وحراماً إن غلب على ظنه ذلك ومباحاً كما مر **(ولا يسأل القضاء)** أي: لا يحل له سؤاله، زاد القدوري ولا يطلبه لرواية أبي داود «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده»[1] أي: يلهمه رشده وأخرجه ابن ماجة بلفظ من سأل القضاء، وجعل في «المصطفى» السؤال باللسان والطلب بالقلب وظاهر أن

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٧٨)، وأحمد في مسنده (١٣٣٢٦).

ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ....

السؤال الشيء باللسان لا يكون غالباً إلا عن طلب القلب له فلهذا اقتصر المص على السؤال، وهذا أولى مما في «الينابيع» من أن الطلب أن يقول للإمام: ولني والسؤال أن يقول للنافي، لو ولاني أجبته وكل ذلك يكره انتهى. إذ السؤال على هذا الوجه مما لا إثم فيه وكما لا يجوز الطلب لا يجوز التولية ولذا قال في «الخلاصة» وغيرها: لأن طالب الولاية لا يولى لا فرق في ذلك بين القضاء والتولية على الوقف والوصاية إلا إذا تعين عليه القضاء فإن الطلب يكون واجباً حينئذ قال في «الدراية»: واستحبت الشافعية طلبه لحامل الذكر لنشر العلم انتهى. وهكذا ذكر المالكية وعبارة مختصر وندب ليشهر علمه وينبغي أن يخص من تولية الوقف ما إذا عزل منه وادعى أن العزل من القاضي الأول بغير جنحة، فإن له طلب العود من القاضي الجديد وحين ذلك يقول له القاضي: أثبت أنك أهل الولاية، ثم يوليه نص عليه الخصاف، وأن تكون التولية مشروطة له فإذا طلبها في هذه الحالة فإنما طاب تنفيذ الشرط.

(**ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل**) هذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه، كالخليفة حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما لو ولّوا سلطاناً بعد موت سلطانهم، كما في «البزازية» وقال أبو يوسف: للإمام الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف في الرعية وما يقتضيه الأمارة أن يقلد ويعزل ويشترط فيه التكليف من العقل والبلوغ، ومن ثم قال البزازي: لو مات السلطان فاتفقت الرعية على تولية صغير له ينبغي أن يفوض أمر التقليد إلى وال ويعد نفسه تبعاً لابن السلطان، فإذا بلغ يحتاج إلى تقليد جديد وفي النصراني والعبد إذا استؤمر روايتان، كذا في «البزازية» وفي «شرح مسكين» قبيل الصرف لا بد أن يكون الإمام مكلفاً حراً مسلماً عدلاً مجتهداً ذا رأي وكفاية سميعاً بصيراً ناطقاً وأن يكون من قريش، فإن لم يوجد فمن العجم وتنعقد بيعته بأهل الحل والعقد من العلماء المجتهدين والرؤساء انتهى. والعادل كما قال الكرماني هو الواضع كل شيء في موضعه وقيل: هو المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط سواء كان في العقائد أو في الأعمال أو في الأخلاق، وقيل: هو الجامع بين أمهات كالات الإنسان الثلاث وهي الحكمة والشجاعة والفقه التي هي أوساط القوى الثلاث / . [٤٢٨/ ب]

أعني القوى العقلية والغضبية والشهوانية وقيل: المطيع لأحكامه تعالى المراعي لأمور الشرعية (و) من السلطان (**الجائر**) أي: الظالم لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي، قال في «الفتح»: وهذا تصريح يجوز والمراد في خروجه لا في أقضيته، ثم إن ما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له.

ومن أهل البغي، فإن تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما..........................

وأمّا بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام المحاجة ولا كلام في ظلم الحجاج وقد تقلد منه علماء السلف وإذا صحت التولية صح العزل أيضاً، فإذا ولى سلطان البغاة باغياً وعزل قاضي العدل ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضي أهل العدل إلى تجديد التولية. وبقي هل يدخل في الجائر الكافر؟ ففي «التتارخانية» الإسلام ليس بشرط فيه أي في السلطان الذي يقلد بلاد الإسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنها بلاد الإسلام لا بلاد الحرب، لأنهم لم يظهر فيها حكم الكفرة والقضاة مسلمون والملوك الذين هم يطيعونهم عن ضرورة مسلمون، ولو كانت من غير ضرورة منهم ففساق وكل مصر فيه والٍ من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والأعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاة وتزويج الأيامى لاستيلاء المسلم عليه، وأمّا طاعة الكفرة فذاك مخادعة.

وأمّا بلاد عليها ولاة الكفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضي قاضياً بتراضي المسلمين فيجب عليهم أن يلتمسوا والياً مسلماً منهم انتهى. وعزاه مسكين في «شرحه» إلى الأصيل ونحوه في «جامع الفصولين» وفي «الفتح» وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة إلا أن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصب إماماً يصلي بهم الجمعة انتهى. وهذا هو الذي يظهر تطمين النفس إليه فليعتمد.

(و) يجوز أيضاً (**من**) سلطان (**أهل البغي**) وهم خرجوا عن طاعة الإمام العدل كما مر ولا خفاء أن صحة التولية تعتمد صحة العزل، وإذا عزل قاضي العدل وولي باغياً صح، وإذا رفع قضاؤه إلى قاضي العدل نفّذه لأنه غايته أنه فاسق وقيل: لا ينفذه، وبه جزم الناصحي في «تهذيب أدب القضاء» للخصاف، وجعل الخوارج كالبغاة معللاً بأنهم يستحلون أموالهم فلا تجوز شهادتهم وإذا لم تجز فلا يجوز قضاؤه.

وقيل: حكمه كالمحكم (**فإذا تعذر**) القضاء (**يسأل**) أي: أول ما يبدأ به من الأعمال وهو أنه يسأل أي يطلب (**ديوان قاض قبله**) منه وأصل الديوان ديوان أبدلت من إحدى المضعفتين ياء تخفيفاً، ولذا ردت في الجمع والتصغير فقيل: دواوين وديون لأنهما يردان الأسماء إلى أصلها، ودنوت الديوان وضعته، ويقال أول من دون الدواوين في العرب عمر، أي: رتب الجرائد للعمال وغيرها فالمراد به هنا أفاده بقوله: (**وهو الخرائط**) جمع خريطة وهي الكيس (**التي فيها السجلات**) جمع سجل بكسر السين والجيم وتشديد اللام وهو الصكوك، وإطلاقه على الخرائط للمجاوزة (**والمحاضر**) جمع محضر (**وغيرهما**) من كتب الأوقاف وتقدير النفقات.

ونظر في حال المحبوسين ....

وذكر منلا خسرو أن المحضر ما يكتب فيه خصومة المتخاصمين وما جرى من إقرار المدعى عليه وإنكاره والحكم بالبينة أو النكول على وجه يدفع الاشتباه، وكذا السجل والصك ما كتب في البيع والرهن والإقرار وغيرهما والحجة والوثيقة متناولان للثلاثة انتهى. فلا فرق بين أن يكون الورق من بيت المال أو من مال أرباب القضاء أو من مال القاضي في الصحيح، وهذا السؤال لكشف الحال لا يستلزم العمل بمقتضى الجواب فإنه التحق بواحد من الرعايا وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا كتب أوقافهم إلا أن يكون القاضي هو الظاهر انتهى. وهذا الثاني باعتبار عرف زمانه وفي عرفنا أكثر كتب الأوقاف تحت يد القاضي، وكذا التقارير للجهات والدعاوى في خزانة معلومة فيختم على السجل وكذا الخزانة في بعض الأحايين.

تكميل: ينبغي لمن قلد القضاء وكان في بلد أن يقرأ منشوره على أهل البلد، وإن كان غريباً ينبغي له أن يدخل البلد يوم الاثنين أو الخميس لابساً عمامة سوداء وينزل وسط البلد ثم يقرأ عليهم منشوره، ولو تأخر عن السير إلى بلد عزله، لأن عمر رضي الله تعالى عنه ولى جابر بن معد الطائي ثم لقيه فقال له: ما منعك أن تسير إلى عملك؟ قال: يا أمير المؤمنين رأيت رؤية هالتني أي خوفتني، قال: وما هي؟ قال: رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق في جمع كثير، وكأن القمر أقبل من المغرب حتى اقتتلا قال: فمع أيهما كنت؟ قال: مع القمر، فقال عمر رضي الله تعالى عنه: اردد علينا عهدنا فقتل بصِفِين مع معاوية كما في «شرح أدب القضاء» للخصاف

(ونظر / في حال المحبوسين) في سجن القاضي بأن يبعث إلى السجن من يعدهم [٤٢٩/أ] بأسمائهم ثم يسأل عن سبب حبسهم، ولا بد أن يثبت عندهم بسبب وجوب حبسهم وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبسهم لأن قوله لم يبقَ حجة، كذا في «الفتح».

وعلى هذا فما في «الشرح» لأدب القاضي يجب على القاضي كتابة اسم المحبوس وأبيه وجده وما حبس بسببه وتاريخه فإذا عزل بعث التي فيها أسماؤهم إلى المتولي لينظر فيها يفيد أن النظر في حالهم إنما هو في النسخة التي بعثها القاضي إليه، فلا معنى لوجوب كتابة ما ذكر إذ لا أثر له يظهر هذا، وأما المحبوسون في سجن الوالي فيجب على الإمام النظر في أحوالهم فمن كان منهم من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ولزم الأدب أدبه، ومن لم يكن لهم مال فنفقتهم في بيت المال يدفع إلى

فمن أقر بحق أو قامت عليه البينة ألزمه، وإلا نادى عليه وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار........................

من في يده وفي دورهم في السلاسل شيء عظيم، كذا في الخراج لأبي يوسف، (**فمن أقر بحق**) من الحقوق (**أو قامت عليه بينة**) أعم من أن يشهد بأصل الحق ويعدل أو يحكم القاضي عليه.

وأمّا قول المعزول كنت حكمت عليه لفلان بكذا أو حبسته بحق فلان فلا يقبل إذ شهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على نفسه كذا قالوا وهذا يفيد أنه لو شهد مع آخر لا تقبل شهادته (**ألزمه**) الحبس كذا في مسكين، وفي «الفتح» من التزم ألزمه إيّاه ورده إلى السجن إلى أن يبلغ المقدار الذي يخرج من السجن عنده.

قال في «البحر»: والظاهر عندي ما قاله مسكين لأن الثاني لا يطرد في كل إقرار، إذ المحبوس لو أقر بسبب عقوبة خالصة كالزنا فقال: أقررت عند القاضي المعزول بالزنا ولم يقم الحد علي فإن القاضي لا يعتمد عليه لأن ما كان في مجلس المعزول بطل لكن المولى يستقبل الأمر فإن أقر حده يعني أربع مرات في مجالس مختلفة ولو قال: بينة قامت علي لا يحده وفي الخمر يحده سواء كان بإقرار أو بينة ولو قال: حبست بسبب سرقة أقررت بها، قطع المولى يده وأطلقه بكفيل وإن قال ببينة لا للتقادم ولو قال: بقذف لفلان وصدقه حد مطلقاً، كذا في شرح «أدب القضاء» للصدر الشهيد.

(**وإلا**) أي: وإن يقر بشيء ولم تقم عليه بينة بل ادعى أنه حبس ظلماً (**نادى**) منادٍ من جهة القاضي (**عليه**) في محلته أياماً كلما جلس القاضي من كان يطلب فلان بن فلان فليأت إلى القاضي فإن حضر أحد وهو على إنكاره ابتدأ الحكم بينهما وألا يأتي أيّاماً على حسب ما يراه وأخذ منه كفيلاً بالنفس على الأصح اتفاقاً وأطلقه فإن قال: لا كفيل لي، وجب أن يحتاط نوعاً آخر من الاحتياط فيتأدى عليه شهر، فإن لم يحضر أحد أطلقه. قال في «الفتح»: ولو قيل بالنظر إلى هذا الظاهر بقي أنه حبس بحق يجب أن لا يطلقه بقوله: إني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الإعسار كان جيداً.

قال في «البحر»: وليس بجيد لأنّا لو أبقيناه في الحبس بعد ذلك لسوينا بين المحقق والظاهر (**وعمل في الودائع**) أي: ودائع اليتامى (**وغلات الوقف ببينة**) يقيمها الوطيء مثلاً على من هي تحت يده أنه لليتيم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان (**أو إقرار**) ذي اليد. قال في «الفتح»: والذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تقيم تحت يد جماعة يوليهم القاضي النظر، وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى

ولم يعمل بقول المعزول إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمها إليه فيقبل قوله فيهما ويقضي في المسجد أو في داره..........................

أمين القاضي انتهى. وما في «الكتاب» كأنه مبني على عرفهم من أن الكل تحت يد أمين القاضي، وفي زماننا أموال الأوقاف تحت يد نظارها وودائع اليتامى تحت يد الأوصياء، ولو فرض أن المعزول وضع غلة وقف أو وديعة يتيم تحت يد أمين عمل فيها القاضي بما ذكر (**ولم يعمل**) المولى (**بقول المعزول**) حتى لو قال: ما في يد هذا المال وديعة يتيم أو مال وقف وقال: هو لي، لم يقبل قوله لأنه بالعزل التحق بالرعايا (**إلا أن يقر ذو اليد أنه**) أي: المعزول (**سلمها**) أي: الودائع والغلات (**إليه فيقبل قوله فيهما**) أنها لزيد سواء قال ذو اليد أنه حين سلمها إليه قال: هي لزيد أو قال: لا أدري وقال المعزول: بل لفلان فالقول للمعزول أيضاً وإقراره غير مقبول فلو قال ذو اليد: هي لفلان بن فلان ثم قال: ودفعتها إلى القاضي وقال القاضي: هي لفلان آخر أمر بالتسليم إلى من أقر له ذو اليد وضمن مثله أو قيمته للمعزول ليدفعه إلى من أقر له به هذا.

وأمّا لو شهدوا أنهم سمعوا القاضي الأول يقول: استودعت فلاناً مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره، وكذا لو مات الأول واستقضى غيره فشهد بذلك، كذا في «الفتح» ثم قال: فرع يناسب هذا، شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضي: لم أقضِ بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي خلافاً لمحمد انتهى، وأمّا لو قال بعدما قضى بالبينة رجعت عن حكمي لا يصح رجوعه كما في «الخلاصة».

قال ابن وهبان: والتقييد / بالبينة يفهم أنه لو قضى بعلمه جاز رجوعه ويؤيده [٤٢٩/ ب] ما في «القنية» قضى في حادثة ثم ظهر له خطؤه يجب عليه أن ينقض قضاؤه انتهى. (**ويقضي في المسجد وفي بيته**) قدم المسجد دفعاً لقول من قال بكراهة القضاء فيه وبياناً لكونه أفضل لأنه عليه الصلاة والسلام قضى فيه وكذا الخلفاء بعده[1] وهذا لأنه عبادة والمساجد لها وضعت، والمسجد الجامع أولى ثم الذي تقام فيه الجماعات وأن تصلى فيه الجمعة.

قال فخر الإسلام: وهذا إذا الجامع وسط البلد فإن كان من طرف منها فلا، والأولى أن يختار مسجداً في وسط البلد، وجاز في داره لأن العبادة لا تتقيد بمكان شرط أن يأذن للناس على العموم ولا يمنع أحد لأن لكل واحد حقاً في مجلسه،

---

(١) انظر نصب الراية (٤/ ٧٠).

ويردّ هدية إلا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك..............

والأولى أن تكون الدار في وسط البلد كالمجلس، وعبارة القدوري ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً كيلا يشتبه مكانه أو في المطلوب وكالقاضي السلطان والمفتي والفقيه ثم إذا قضى في المسجد خرج للحائض والدابة ولا يضرب في المسجد حداً ولا تعزيراً ولا يقضي حال شغل قلبه بفرح أو غضب أو هم أو حاجة إلى الجماع أو برد أو حر شديد أو مدافعة الأخبثين، وينبغي أن يجلس معه من كان يجالس قبله ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، كذا في «البدائع».

وقيده الشر بأن يكون جاهلاً حيث قال: وإن كان جاهلاً يستحب أن يقعد معه أهل العلم لأنه لا يؤمن أن يزل عن الحق فينبهونه عليه انتهى، إذ يراد بالجاهل غير المجتهد وعبارة «البزازية» وإن رأى أن يقعد معه أهل الفقه قعدوا ولا يشاورهم عند الخصوم انتهى، وفيها قضى بحق ثم أمر أن يستأنف القضية ثانياً بمحضر من العلماء لا يفرض ذلك عليه.

فـــرع

ذكر الصدر الاختلاف في قبول القاضي القصص من الخصوم والمذهب عندنا أنه لا يأخذها إذا جلس للقضاء وإلا أخذها وفي أنه لا يأخذ بما كتب فيها إلا إذا أقر بلفظه صريحاً، **(ويرد)** القاضي **(هدية)** وهي كما قدمناه ما يعطى بلا شرط بخلاف الرشوة وإنما يردها لأنها تشبه الرشوة وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وأفاد بالرد إلى أنه لا يضعها في بيت المال وهو قول عامة المشايخ وإليه أشار في «السير الكبير» وقيل: يضعها فيه ولا خلاف أنه لو تعذر الرد عليه إما لعدم معرفته، أو لبعد مكانه أنه يضعها فيه، فإن جاء المالك ردت عليه، ولو تأذى المهدي بالرد. قال في «الخلاصة»: يعطيه مثل قيمتها وفي «الفتح» وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي وعارضه في «البحر» بما في «الخانية» ويجوز للإمام والمفتي قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة، وزاد في «التتارخانية» الواعظ إلا أن يراد بالإمام إمام الجامع.

وأقول: في «التتارخانية» من خصوصياته ثم الظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة من الإمام أو نائبه كالساعي والعاشر ونحوهما **(إلا من قريب)** محرم، وهذا القيد لا بد منه ليخرج ابن العم بما في ردها من قطعية الرحم **(أو ممن جرت عادته به)** أي: بالإهداء هذا العطف يفيد أن قبولها من القريب غير مقيد تجري العادة منه وهو ظاهر إطلاق القدوري و«الهداية».

وفي «النهاية» عن شيخ الإسلام: أنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل

ودعوة خاصة، ويشهد الجنازة ويعود المريض..........................

هديته إلا إذا كان عادة، نعم إن كان عدمها لفقره وإهدائه لقريبه بيساره بعد توليته فيجوز، كذا في «الفتح» يعني على قول شيخ الإسلام، واعلم أنه يشترط في قبولها عدم الزيادة على العادة، فإن زاد رد الزائد وقيده فخر الإسلام بأن لا يزيد ماله فإن زاد قبل بقدر ما زاد ماله، وأن لا يكون لهما خصومة فإن كان لهما خصومة ردها أما إذا تمت الخصومة فينبغي أن لا يتردد في جواز قبولها، زاد القلانسي موضعين الأول: الوالي الذي تولى الأمر منه، الثاني: والي البلد لتقدم الولاية على القضاء، وعلى هذا قبولها من السلطان ومن حاكم البلد المسمى بالباشا في ديارنا وليس له قبولها من الصنجق ويجب أن يقيد أيضاً بأن لا يكون لهما خصومة وفي «الفتح» ويجب أن يكون هبة المستقرض للمقرض كهدية، فإن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهدى بلا زيادة انتهى.

وجزم في «البحر» بأنه سهو لأن المنقول أنه يحل حيث لم يكن مشروطاً مطلقاً، ونقل «الخانية» أنه ليس له الاستقراض ولا الاستعارة (و) يرد (**دعوة خاصة**) أي: إجابتها وهي التي لا يتخذها صاحبها ولو لم يحضر القاضي، فإن كان يتخذها وإن لم يحضر كانت عامة وقيل: كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة، والصحيح الأول كما في «الهداية» و«الخلاصة» و«السراج» وجزم به في «الخانية» واختاره/ السرخسي كما في «الدراية»، والثاني يحكى عن أبي طاهر عن النسفي. [٤٣٠/١]

قال في «الفتح»: وعندي أنه حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مر عمر ولم يعرف من اصطنع طعاماً عاماً ابتداء لعامة الناس ولأنه أضبط، وادعى في «البحر» أنه ليس بحسن إذ العامة عرفاً لا ينحصر في هاتين لأن العقيقة كذلك، وكذا طعام القدوم في سفر الحج وفي زماننا يصنع طعام عام في العيدين انتهى. وأنت خبير بأن هذا إن ادعى أن الغالب كون الدعوة العامة هاتين غير وارد ولم يستثنِ هنا كما في «الهداية» القضاء لأن يجيب قريبه الذي لا خصومة له في الخالصة قاله الخصاف، ولم يحكِ خلافاً، وذكر الطحاوي أن هذا قول محمد وعندهما لا يجيبه، وفي «التتارخانية» له إجابة دعوة خاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهدية فلو زاد في الطعام بعد القضاء لا يجيبه إلا إذا زاد ماله انتهى.

ولم يحك خلافاً وهذا يؤيده ما قاله الخصاف إذ صلة الرحم واجبة وقطع العادة وترك إجابة ذي العادة جائز (**ويشهد الجنازة ويعود المريض**) إن لم يكن له خصومة إلا أنه لا يبطل المكث عنده لما رواه البخاري في كتاب «المفرد في الأدب» من حديث

ويسوي بينهما جلوساً وإقبالاً وليتق عن مسارّة أحدهما........

أبي أيوب الأنصاري «سمعت رسول الله ﷺ يقول: للمسلم على أخيه ست خصال واجبة إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً لأخيه يسلم عليه إذا لقيه، ويجيبه إذا دعاه، ويشمته إذا عطس، ويعوده إذا مرض، ويحضره إذا مات، وينصحه إذا استنصحه»(١) ولا بد أن يحمل واجبة على معنى ثابتة لأن الوجوب المصطلح عليه عند الفقهاء (**ويسوي بينهما جلوساً**) أي: يجب عليه أن يسوي بينهما من حيث الجلوس لما رواه ابن راهويه من حديث أم سلمة «قال عليه الصلاة والسلام: من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس»(٢). والإشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر ولأن في عدمها كسر القلب، وإطلاقه يعم الصغير والكبير والخليفة والرعية والدين والشريف والأب والابن والمسلم والكافر، إلا أنه إن كان المدعي هو الخليفة ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه وأن يجلسه مع خصمه ويقعده على الأرض ثم يقضي بينهما، ودلت المسألة على أن القاضي يصلح قاضياً على من ولاه، ولا ينبغي أن يجلس واحد عن يمينه والآخر عن يساره لأن اليمين فضلاً، ولذا كان عليه الصلاة والسلام يخص به الشيخين بل المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه كالمتعلم بين يدي معلمه ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحوهما، ولا يمكّنهما من التربع ونحوه وتكون أعوانه قائمة بين يديه.

وأمّا قيام الأخصام بين يديه فليس معروفاً وإنما حدث لما فيه من الحاجة إليه والناس مختلفو الأحوال والأدب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسعها فيعمل القاضي بمقتضى الحال، كذا في «الفتح» يعني فمنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه ومنهم من يستحق فيعطي كل إنسان ما يستحق. بقي لو كان أحدهما يستحقه دون الآخر وأبى الآخر إلا القيام لم أرَ المسألة، وقياس ما في «الفتح» أن القاضي لا يلتفت إليه ثم إذا حضر الخصمان خيّر القاضي بين أن يبتدئهما بقوله: مالكما؟ وأن يتركهما فإذا تكلم المدعي سكت الآخر، وهل يسأله المدعي بعد ذلك؟ وإن لم يسأل المدعي عليه بعد ذلك قيل: لا والأصح أنه يسأله للعلم بالمقصود ويسوي بينهما جلوساً (**وإقبالاً**) لأن في إقباله على أحدهما مسكرة لقلب الآخر.

وقالوا: لا يضحك بوجه أحدهما لأنه يجترئ بذلك على خصمه (**وليتقِ مسارة أحدهما**) من يساره في أذنه وتساروا تناجوا، كذا في «القاموس» والمراد أنه يجتنب

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٩٢٢) (١/٣١٧)، والطبراني في الكبير (٤/١٨٠).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٣/٣٨٦).

وإشارته وتلقين حجته وضيافته والمزاح وتلقين الشاهد.

فصل في الحبس

التكلم معه خيفة وكذلك القيام بين يديه، كما في «الولوالجية» وهو الجواز يمنع الناس من التقدم إليه بل يقيمهم بين يديه على البعد ومعه سوط والشهود يتقربون (**وإشارته**) أي: إلى أحدهما (**وتلقين حجته**) لأن في ذلك تهمة وكسرٍ لقلب الآخر، وعن أبي يوسف في رواية أنه لا بأس بتلقين الحجة قاله العيني (**وضيافته**) أي: ضيافة أحدهما لما قيد بأحدهما لأن له أن يضيفهما معاً، وقياسه أنه لو سارهما أو أشار إليهما معاً جاز، (**والمزاح**) عدل عن الضمير دلالة على أن منعه منه مطلقاً ولو لغيرهما لما فيه من إذهاب مهابته، ويستحب أن يكون فيه عبسة بلا غضب وأن يلزم التواضع في غير وهن ولا ضعف.

(و) ليتقِ أيضاً (**تلقين الشاهد**) وهو أن يقول له القاضي كلاماً يستفيد به الشاهد علماً واستحسنه أبو يوسف/ في غير موضع التهمة لمن استعلت عليه [٤٣٠/ ب] المهابة وترك شيئاً من شرائط الشهادة فيقول له القاضي: أتشهد بكذا؟ وفي «المبسوط» ما قالاه غريمة، وما قاله أبو يوسف خصة قاله لما ابتلى بالقضاء وشاهد حصر الشاهد، فلولا تلقينه لضاع الحق، وفي «الفتح» وظاهر الجواب ترجيح ما عن أبي يوسف، وفي «البزازية» و«القنية» الفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء والله الموفق.

فصل في الحبس

من أحكام القضاء ما مر ومنها الحبس إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفرد بفصل على حدة وعليه حمل قوله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة:٣٢] وحبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة[١] لكن إنما الحبس في زمنه عليه الصلاة والسلام وفي زمنِ أبي بكر رضي الله عنه في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذها محبساً وقيل: لم يكن في زمن عمر ولا عثمان فاتخذه علي من قصب وسماه نافعاً فنقبه اللصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيساً وفي ذلك يقول: ألا تراني كيساً مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا باباً حصيناً وأميناً، والكيس حسن التأني في الأمور والكيس المنسوب إلى الكيس، والمختسن بالخاء المعجمة والتاء المثناة الفوقية موضع التخيس أي التذلل وروي بكسر الياء لأنه

---

(١) تقدم تخريجه.

وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه.............................

كما قالوا: موضع خشن لا فراش فيه ولا غطاء وهذا يفيد أن المحبوس لو جيء له به لا يمكّن منه، كما لا يمكن من الدخول عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه لكن لا يمكثون طويلاً فإذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان فيه وضع سترة وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هي الحابسة له وهو الظاهر ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة وقيل: يخرج بالكفيل لجنازة الأصول والفروع وفي غيرهم لا، وفي «الخلاصة» و«النهاية» وعليه الفتوى.

قال في «الفتح»: وفيه نظر لأنها إبطال حق آدمي بلا موجب وموت الأب ونحوه غير مبطل بنفسه، ثم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك، وسئل محمد عما إذا مات والده أيخرج؟ فقال: لا انتهى. قال في «البحر»: وقد يدفع بأن ما قاله محمد في المديون أصالة والكلام في الكفيل انتهى.

وأقول: هذا سهو وذلك أنه نقل في «الخلاصة» يخرج بالكفيل فسقطت الباء في نسخته، ولو مرض ولم يجد من يخدمه أخرج بكفيل وإلا لا، وفي «الخانية» لو كان له ديون أخرج ليخاصم ثم يحبس، وفي «الخلاصة» الأصح منعه من الكسب ولا يغل ولا يقيد إلا إذا خيف فراره، وفي «البزازية» أن يحول إلى سجن اللصوص ولا يضرب إلا إذا ظاهر وامتنع من التكفير أو أبى الإنفاق على قريبه، صرحوا بذلك في البابين وإلى يؤجر في البابين خلافاً لما عن أبي يوسف، ولو طلب المدعي الحبس في غير سجن القاضي، ففي «القنية» ثبت له دين على بنته وأمر بحبسها فطلب من القاضي حبسها في غير السجن حيث لا يضيع عرضه يجيبه القاضي إلى ذلك، وكذا في كل مدعٍ مع المدعى عليه انتهى. وهذا هو مستند ما أجابه قارئ «الهداية» وقد سئل إذا أراد الحاكم حبس الغريم في مدرسة أو مكان غير الحبس هل له ذلك؟ فقال: العبرة في ذلك لصاحب الحق لا للقاضي انتهى. وينبغي أن لا يجاب فيما إذا طلب حبسه في مكان اللصوص أو في المكان المسمى في ديارنا بالعرقانة ويحبس في الدرهم وما دونه، أي الفضة.

(**وإذا ثبت الحق للمدعي**) ببينة أو إقرار أو نكول عند القاضي (**أمره بدفع ما عليه**) ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يتمكن القاضي من أداء ما عليه بنفسه، كما إذا ادعى عيناً في يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن أنها هي التي في يده أو ديناً له عليه وبرهن على ذلك فوجد معه ما هو من جنس حقه كان للقاضي أن يأخذ العين منه وما هو من جنس حقه ويدفعه إلى المالك غير محتاج إلى أمره بدفع ما عليه وقد قالوا: إنَّ رب الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه وإن لم به المديون فالقاضي أولى، واعلم

فإن أبى حبسه في الثمن، والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة ....

أن التقييد يكون الثبوت عند القاضي وقع في «الهداية» وغيرها، وظاهره أن المحكم لا يحبس.

قال في «البحر»: ولم أره فإن أبى حبسه بعد طلب المدعي قيد به في «الهداية» ولا بد منه لأنه لا يحبسه بدون طلبه إلا في قول شريح وأطلق في الأمر بالدفع فشمل ما إذا ثبت الحق عليه بإقرار أو ببينة، وخصه في «الهداية» بالإقرار أمّا البينة فيحبسه كما ثبت لظهور مطله وهو المحكي عن الشهيد وهو المذهب عندنا كما في «البحر»، والمروي عن السرخسي عكسه قال الشر: والأحسن ما ذكره هنا فإنه يؤمر بالإيفاء مطلقاً لأنه يحتمل أن يفي فلم يعجل بحبسه قبل أن يبين له حاله بالأمر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبسه فيهما إذا طلب المدعي / [٤٣١/أ] ذلك حتى يسأله فإن أقر أن له مالاً أمره بالدفع، (**فإن أبى حبسه**)، وإن عجز كان القول للمدعي في الأمور الأربعة الآتية، ولو طلب الإمهال ببيع عرضه أمهل ثلاثة أيام، ولو كان له عقار يحبسه ليبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل (**في الثمن**) أي ثمن المبيع ولو في ذمة البائع عبد فسخ البيع أو السلم بإقالة (و) بدل (**القرض**) ولو لذمي أو مستأمن، ولو كان عليه دين تفاوتا في قدره فلصاحب الأقل حبسه وليس لصاحب الأكثر إطلاقه بلا رضاه، ولو أراد أحدهما إطلاقه بعدما رضيا بحبسه ليس له ذلك، كذا في «البزازية».

(و) في (**المهر المعجل وما التزمه بالكفالة**) لأنه إذا حصل البدل في يده ثبت غناه وإقدامه على التزامه باختياره دليل والمراد بالمعجل ما شرط تعجيله أو تعورف وإطلاقه الكفالة يعم الكفيل وكفيل الكفيل وإن كثروا كما في «البزازية»، وفي «المحيط» للكفيل بالأمر حبس الأصيل إذا حبس وإطلاق الكفالة يعم الكفيل بالدرك، ولم أرها صريحاً وبقي مما يحبس عليه الأجرة ويمكن دخلها في ثمن المبيع لما أنها بيع المنافع والقدوري قال في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة فيدخل فيما التزمه بعقد، وكل من العبارتين لا يشمل جنسه على العين المغصوبة، وقد ذكره المص في الغصب والأمانات إذا امتنع الأمين من دفعها غير مدعٍ هلاكها فإنه يحبس عليها أيضاً لأنها صارت مغصوبة، ومن ثم قال القلانسي في «تهذيبه»: وفي كل عين يقدر على تسليمها.

واعلم أن عدول المص عن عبارة القدوري لوجهين: الأول: أن في قوله بدلاً عن مال حصل في يده يدخل فيه بدل المغصوب وضمان المتلفات، والثاني: أن قوله وما التزمه بعقد يدخل فيه أيضاً ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع لا

لا في غيره إن ادّعى الفقر إلا أن يثبت غريمه غناه...........................

يحبس في هذه المواضع إن ادعى الفقر (**لا**) يحبسه (**في غيره**) أي: في غير ما ذكر من الديون (**إن ادعى الفقر**) كبدل عتق نصيب الثاني وبدل المغصوب ونفقة المزوجات وأرش الجنايات وبدل جناية العمد ومؤجل المهر بعد الدخول وبدل المتلفات وبدل الخلع.

قال الطرسوسي: وأخطأ صاحب «الاختيار» إذا جعل بدل الخلع من القسم الأول ثم ما جرى عليه المصنف تبعاً للقدوري قال الإمام قاضي خان: إنَّ عليه الفتوى، كذا في «أنفع الوسائل» معزياً إلى «الفتاوى الكبرى» للخاصي وهذا ليس في فتواه وإنما الذي فيها أن كل ما هو بدل كثمن المبيع وبدل القرض لا يقبل قوله فيه، ويقبل قوله فيما عداه وعليه الفتوى انتهى، وهذا اختيار البلخي.

وقيل: يحكم بالزي بكسر الزاي أي الهيئة والجمع أزياء، كذا في «القاموس» إلا الفقهاء والعلوية والعباسية، واختاره البلخي، وفي «فروق الكرابيسي» وهو الصحيح، وجعله في «المحيط» ظاهر الرواية فإن ادعى الطالب أنه كان عليه زي الأغنياء ولكن غير زيه، فإن برهن على ذلك قبل منه وإلا لا، واختار الخصاف أن القول قول مدعي الإعسار لتمسكه بالأصل وقيل: ما كان أصله الصلة فالقول فيه قول المدعي وإلا فالقول للمنكر فهذه أقوال ستة، وما في «الكتاب» أعدلها. ولو قال المديون: إنَّ هذا الدين ليس بدل ما ليس بمال، وقال الدائن: بل هو ثمن متاع قال الطرسوسي: لم أرها وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون إلا أن يقيم رب الدين بينة (**إلا أن يثبت رب الدين غناه**) أي: قدرته على وفاء الدين، وفي «البزازية» لو وجد المديون من يقرضه فلم يفعل فهو ظالم وفي كراهة «القنية» لو كان للمديون حرفة تفضي إلى قضي الدين فامتنع منها لا يعذر انتهى.

وكل من الفرعين ينبغي تخريجه على ما يقبل فيه قوله، فإذا ادعى في المهر المؤجل مثلاً أنه معسر ووجد من يقرضه أو كان له حرفة توفيه فلم يفعل حبسه الحاكم، وهذا لأن الحبس إنما هو جزاء الظلم وقد ثبت ظلمه بوجود من يقرضه، وأمّا ما لا يقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من يقرضه وهذا فقه حسن فتدبره. ومن نفقات «البزازية» وإن لم يكن لها بينة على يساره وطلب من القاضي أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسناً وإن قالا: سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي، وفيها علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه، فإن حبس غريمه الموسر لا يحبسه انتهى. وقياس ما مر أنه لو لم يتقاضَ الدين من غريمه يحبسه، وإن علم عسرته لقدرته على وفاء الدين وهذا لأنه إذا كان

فيحبسه بما رأى ثم يسأل عنه فإن لم يظهر له مال خلاه........

بالقدرة على الاقتراض يكون موسراً فعلي وفاء دينه من غريمه أولى (**فيحبسه بما رأى**) من الزمن، فإن غلب على ظنه أنه لو كان له مال فرج عن نفسه سأل عنه وأطلقه وقدره في رواية محمد شهرين قال الحلواني: وهذا أوفق الأقاويل.

قال في «الهداية»: والصحيح أن التقدير غير لازم وهو مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص قال الشهيد: إذا كان حاله مشكلاً عند القاضي وإلا عمل بما/ ظهر له انتهى. وهو ظاهر في أنه لو رأى إطلاقه بعد يوم كان له ذلك، بل لو رأى عدم اختياره بالحبس لظهور حاله كان له ذلك أيضاً. [٤٣١/ ب]

قال في «الملتقط»: قال أبو حنيفة: لا اسأل عن المعسر وأحبسه شهرين أو ثلاثة (**ثم يسأل عنه**) إلا إذا كان معروف بالنقر فلا أحبسه، لكن في «الخانية» أقام المديون بينة على الإعسار بعد الحبس في الروايات الظاهرة لا تقبل البينة إلا بعد مدة، ثم نقل الاختلاف في المدة ثم قال: والحاصل أنه يفوض إلى رأي القاضي وهذا إذا كان أمره مشكلاً، أمّا إذا كان فقره ظاهراً يسأل القاضي عنه آجلاً ويقبل البينة على الإفلاس ويخلي سبيله انتهى. بعد حبسه بما يراه يسأل عنه ممن يعلم بحاله كجيرانه وأصدقائه وأهل محلته، والواحد العدل يكفي والاثنان أحوط، كذا في «الشرح».

وفي «الخلاصة» و«الخانية» إنما يسأل من الثقات وفي «النهاية» فإن أخبره بذلك ثقة عمل بقوله لأن ما سبيله سبيل الإخبار يكتفى فيه بقول الواحد كالإخبار بالتوكيل والعزل انتهى. وأمّا المستور فإن كان رأي القاضي موافقاً لقوله عمل به وإلا لا، أخذاً من قولهم بعزل الوكيل إذا كان فاسقاً وصدقه انعزل، كذا في «أنفع الوسائل» بحثاً وهو حسن وكيفية الإخبار أن يقول المخبر: إنَّ حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وفي «الخانية» يكفي أن يقولوا: لا نعرف له مالاً، ولا يشترط في هذه الأخبار حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة. وقيد في «النهاية» الاكتفاء بالواحد بما إذا لم يقع خصومة فإن كانت فإن ادعى المحبوس الإعسار ورب الدين يساره فلا بد من إقامة البينة على الإعسار، واعلم أن هذا السؤال ليس بواجب على القاضي لأن الشهادة بالإعسار شهادة على النفي وهي ليست بحجة فكان له أن لا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط، كذا في «أنفع الوسائل» معزياً إلى شيخ الإسلام، (**وإن لم يظهر له مال خلاه**) أي: من الحبس جبراً على المدين، فإن لم يكن الخصم حاضراً أخذ منه كفيلاً بالنفس نظراً للمدعي، فإن لم يجد كفيلاً هل يخلي سبيله؟ قال في «القنية»: لا بد من الكفيل.

وأفاد البزازي إن كان الدين لصغير ورثه من أبيه لا يطلقه بلا كفيل، يعني لو

ولم يحل بينه وبين غرمائه..............................

كان الوصي حاضراً أو الولي وينبغي أن يكون مال الوقف كذلك وفي قوله: خلاه دون أن يقول ثبت إعساره دلالة على أن هذا ليس ثبوت فلا يجوز نقله إلى قاضٍ آخر، ولو أطلقه بلا بينة كان له أن يعيده إليه، كذا في «البحر» معزياً إلى الطرسوسي وهذا الثاني لم أجد فيه ويجب حمله على ما إذا وقعت خصومة فأطلقه بلا بينة. أمّا إذا لم تقع فليس له أن يعيده لأن هذا الأمر منوط برأيه، وقد علمت أن السؤال ليس بواجب عليه وإنما هو احتياط فإذا اقتضى رأيه إطلاقه فليس له أن يعيده بعد ذلك، ويدل عليه ما في «البزازية» أطلق القاضي المحبوس لإفلاسه ثم ادعى عليه آخر مالاً وادعى أنه معسر لا يحبسه حتى يعلم غيره انتهى، كما في «أنفع الوسائل» بأن مضت مدة يحتمل فيها حصول الغنى له فيها.

وفي «القنية»: أقام المحبوس بينة على إفلاسه فأراد رب الدين أن يطلقه قبل القضاء به بإفلاسه يجب على القاضي القضاء به حتى لا يعيده رب الدين ثانياً، وفيها حبس الوصي غريماً بدين الصبي ليس له إطلاقه قبل قضائه إن كان موسراً أو إن رأى أن يأخذ منه كفيلاً ويطلقه كان له ذلك، ثم رقم إن كان معسراً جاز إطلاقه.

فـــرع

أحضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل الحبس عليه إن علم القاضي بالدين ومقداره وصاحبه فإن شاء أخذ المال وخلاه، وإن شاء أخذ منه كفيلاً ثقة بالمال والنفس وخلا سبيله كيلا يتهمه الناس وقال بعضهم: يتركه حتى يقضي الدين (**ولم يحل بينه وبين غرمائه**) أي: لا يمنعهم من ملازمته عند الإمام في ظاهر الرواية عنه كما في «المحيط» و«الخانية» وهو الصحيح.

وقالا: يمنعهم لأنه منظور بأنظار الله تعالى وله أن يمنعهما بقدرته على الإنفاذ وذلك يمكن في كل وقت فيلازمونه كيلا يكسب شيئاً فيعدمه، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة.

قال في «الهداية»: من الحجر للطالب إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بيّن بأن لا يمكّنه من دخوله داره فحينئذٍ يحبسه دفعاً للضرر انتهى. وفي «البزازية» لو كان في ملازمته ذهاب قوته أكلفه أن يقيم كفيلاً بنفسه ثم يخلي سبيله وللطالب ملازمته بلا أمر إن كان مقراً بحقه انتهى، ومعنى الملازمة هو أن يدور المدعي أو وكيله معه حيث دار ولا يحبسه في موضع ولا يشغله عن التصرف فإذا انتهى / إلى داره فإمّا أن يدخله المطلوب معه أو يجلس على الباب، فإن كان [٤٣٢/أ]

وردّ البينة على إفلاسه قبل حبسه وبينة اليسار أحق وأبّد حبس الموسر ويحبس الرجل بنفقة زوجته..

المطلوب امرأة قيل: يستأجر امرأة فتلازمها وتقبض على ثيابها بالنهار، وأمّا بالليل فتلازمها النساء، كذا في «المنية». (**وردّ**) القاضي (**البينة على إفلاسه**) أي: إعساره (**قبل حبسه**) لأنها بينة على النفي كما مر، فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد، وبعده تقبل على الاحتياط لا على الوجوب، والمعوَّل عليه رأيه كما مر عن شيخ الإسلام وهذا هو إحدى الروايتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح، وقال ابن الفضل: الصحيح أنها تقبل.

قال قاضي خان بعد نقله: وينبغي أن يكون مفوضاً إلى رأي القاضي إن علم بيساره لا يقبلها، وإن علم إعساره قبلها انتهى. وبقي ما إذا لم يعلم من حاله شيئاً، والظاهر أنه لا يقبلها (**وبينة اليسار أحق**) بالقبول من بينة الإعسار، لأنها تثبت أمراً عارضاً هو اليسار والبينات للإثبات. قال في «الفتح»: اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر وهو يقول: أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك، لأن معها علم بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال انتهى. وينبغي أن يكون معنى المسألة أنه بيّن سبب الإعسار وشهدوا به، وقوله في «البحر»: الظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد إعساره الذي ادعاه مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث بل بما هو سابق على الإعسار، وبينة الإعسار الحادث تحدث أمراً عارضاً فقد مرت، (**وأيد حبس الموسر**) جزاء لظلمه وهذا ظاهر على قول الإمام.

أمّا على قولهما من جواز الحجر على المديون وبيع ماله لوفاء ديونه فلا معنى لتأبيد حبسه، وسيأتي في الحجر (**ويحبس الرجل في نفقة زوجته**) لأنه ظالم بامتناعه وإنما يتحقق ذلك في اليوم الثاني من يوم فرضها ولا يحبسه، فأما بمجرد فرضها لا يحبسه لأن الظلم إنما يكون بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق، وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق، فإن لم ينفق عليها أوجعه عقوبة، كما إذا أمره بالقسم ولم يقسم، كذا في «الفتح» أما الماضية المفروضة أو التي تراضيا عليها فإنها وإن تسقط لكنه لا يحبس عليها إذا ادعى الفقر، لأنها ليست ببدل مال ولا التزمها بعقد.

وفي «فتاوى قارئ الهداية» سئل عن المرأة إذا طلبت تقرير النفقة في كل يوم فأبى الزوج إلا أن يطعمها هل يجبر على أن يفرض لها دراهم؟ أجاب لا يجب عليه تقرير دراهم بل الواجب عليه طعام وإدام إلى أن قال: إلا أن يعلم القاضي أنه يضارها

لا في دين ولده إلا إذا أبى من الإنفاق عليه.

في ذلك فيفرض عليه دراهم بقدر حالهما، وإذا امتنع من أن يفرض شيئاً حبس حتى يفرض انتهى. وهو مشكل فإن للقاضي ذلك فيفرض ولا يحبسه.

(**لا**) حبس الأب (**في دين ولده**) لأنه لا يستحق العقوبة بسببه، ألا ترى أن لا قصاص عليه بقتله ولا بقتل مورثه ولا حد عليه بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه؟ والمراد بالأب أصله وإن علا، وبالولد فرعه وإن سفل ولذا قال في «المحيط»: لا يحبس الأبوان والجدان والجدتان بدين الولد انتهى، وهو ظاهر في أن الجد الفاسد لا يحبس أيضاً ويدل عليهم قولهم: إنه لا يقتل بقتل ولد بنته.

قال في «البحر»: وإذا لم يحبس وكان موسراً ينبغي أن القاضي يقضيه من ماله إذا كان له مال من جنسه وإلا باعه لقضائه انتهى، وهذا أعني البيع بقولهما أليق كما مر. وبقي العبد لا يحبس بدين مولاه ولا المولى بدين عبده إلا إذا كان مأذوناً مديوناً فيحبس للغرماء لا له، وكذا المكاتب لا يحبس بدين بدل الكتابة، واختلفوا في حبسه بدين آخر وهو ظاهر المذهب أنه يحبس واختار بعض المشايخ أنه لا يحبس لأنه متمكن من إسقاطه بتعجيزه وصححه في «المبسوط» وعليه الفتوى، كما في «أنفع الوسائل» ولا المولى بدين المكاتب إن كان الدين من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة وقالوا: لا يحبس الصبي أيضاً بدين الاستهلاك إلا تأديباً فإن كان له أب أو وصي وامتنع من قضاء دينه من ماله حبس، وإلا باع القاضي ماله ووفى دينه، كذا في «الخلاصة» وغيرها.

قال الطرسوسي: ويؤخذ من هذا ليس للقاضي ولا نائبه بيع عقاره ولا ماله مع وجودهما لأنه لو كان له ذلك لأمر بالبيع قبل الحبس، قال ابن وهبان: وهو فائدة حسنة، وكذا لا تحبس العاقلة في دية أو أرش إذا كان لهم عطاء وإنما يؤخذ منه لقضاء ديونهم فإن لم يكن لهم عطاء حبسوا، كذا في «البزازية» وقدمنا أن القاضي لا يحبس المديون إذا كان له مال غائب أو مديون موسر (**إلا إذا أبى من الإنفاق عليه**) لأنه بمنعها عنه قصداً هلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه، ألا ترى أن له أن يدفعه بالقتل إذا أشهر سيفه ولم يمكنه دفعه إلا به؟ وهذا حكم الأجداد والجدات وإن علوا/ . [٤٣٢/ب]

واعلم أن هذا الاستثناء منقطع لما قالوه. ومن أن هذا الحبس ليس إلا تعزيراً لا حبساً بالدين وقيد الرازي الولد بالصغير زاد الحدادي الفقير ويجب أن لا يكون البالغ كذلك والله الموفق للصواب.

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

ويكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود........................

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

هذا الباب ليس من القضاء لأنه إما نقل شهادة، أو حكم وكل ذلك ليس منه وإنما أورد فيه لأنه من عمل القضاء، كذا في «الشرح» لكن في «فتح القدير» هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى «التجنيس»، وادعى في «البحر» أن هذا أولى مما «في الشرح»، لأنه حيث كان من عملهم كان منه فكيف ينفيه، وعندي أنه لا ينافي بينهما بوجه إذ المنفي في كلام الشر كونه قضاء، والمثبت في «الفتح» كونه من أحكام القضاء، ولا يلزم منه أن يكون قضاء، نعم كونه من أحكامه أدخل في ذكره في كتاب القضاء وأراد بالغير هو قوله: وتقضي المرأة إلى آخره (**يكتب القاضي إلى القاضي**) ظاهر إطلاقه ولو كان في مصر واحد، وهو المروي عن محمد وشرط في ظاهر الرواية أن يكون بينهما مسافة القصر، وحكى الطحاوي عن الإمام وأصحابه أنه يجوز فيما دونها، وقال بعض المتأخرين: هذا قول أبي يوسف ومحمد، كذا في «الفتح»، فيجوزان عن محمد روايتان. وفي «البحر» عن أبي يوسف أن الشاهد لو كان بحيث لو عد الأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد والكتابة، قال في «السراجية»: وعليه الفتوى. قال في «السراج»: ولا يكتب قاضي رستاق إلى قاضي مصر، ويكتب قاضي مصر إلى قاضي السواد والرستاق.

وفي «الفتح» لو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه، أصلح الله الأمير ثم قص عليه القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرف الأمير فالاستحسان أن للأمير إمضاؤه لأنه متعارف، ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره، وشرطنا فيه شرط كتاب القاضي إلى القاضي، ولو سمع يعني الخصم وصول كتاب القاضي فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك المدينة ما ثبت عنده من كتاب القاضي، فكما جوّز للأول الكتابة جوّزنا للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة (**في غير حد وقود**) أي: فيما ثبت مع الشبهة كالدين والنكاح والطلاق والعتاق والشفعة والوصية والإيصاء والموت والورثة والقتل إذا كان موجبه المال والنسب من الحي والميت والغصب والأمانة المجحودة من وديعة ومضاربة وعارية والأعيان المنقولة والعقار إذا بين حدوده الأربع فيما يروى عن محمد

فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً وإلا لم يحكم وكتب الشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة...

وعليه المتأخرون قال الإسبيجابي: وعليه الفتوى للحاجة، وظاهر الرواية عدم الجواز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه في الدعوى والشهادة لكن الإشارة تتحقق عند القضاء من الثاني فاكتفي بها، (**فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بشهادته وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا**) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلاً من جهة المدعى عليه أو مسخراً وهو من ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الدعوى عليه وإلا لو أراد الخصم المدعى عليه لم يبقَ حاجة إلى الملك الآخر لأن الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه، كذا في «الفتح».

وأقول: في الشر إنما يكتب السجل حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان ولتكون الكتابة تذكيراً لها وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم لأنه قد يتم بحضور الخصم نفسه أو من يقوم مقامه إلا إذا قدر أنه قال بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه انتهى .وهذا كما ترى صريح في أن الرماد بالخصم إمّا المدعى عليه أو وكيله وأنه لو أريد بالخصم المدعى عليه كان إلى الكتاب الآخر ما قد علمت من الفوائد، وأمّا القضاء على المسخر فالمنقول عن «الذخيرة» أن فيه روايتين قال: والاعتماد على أن القاضي إن علم أنه مسخر لا ينفذ قضاؤه وإلا نفذ، وقوله وهو المدعي سجلاً مبني على عرفهم قال في «المصباح»: السجل كتاب القاضي والجمع سجلات وسجّل القاضي بالتشديد حكمه وأثبت حكمه في السجل انتهى.

وفي عرفنا ما يكتب فيه صورة الحجة المحكوم فيها أو الدعوى وما ترتب عليها أو الإجارة أو الإقرار فالواقعة تارة تكتب بها حجة وتنزل صورتها في السجل أو لا تنزل في السجل فقط (**وإلا**) وإن لم يكن ثمة خصم ولا من يقوم مقامه (**لم يحكم**) لأن القضاء على الغائب لا يجوز، ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل إليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ قضاؤه وسيأتي ما فيه إن شاء الله تعالى، (**وكتب الشهادة**) بعدما سمعها وعدلت (**ليحكم**) القاضي (**المكتوب إليه بها وهو الكتاب الحكمي**) المقابل للسجل نسبة إلى الحكم باعتبار المال (**وهو**) أي: الكتاب الحكمي (**نقل الشهادة في الحقيقة**)، ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه وإن كان مخالفاً لرأي الكاتب بخلاف السجل لأنه سجله أي أحكمه بالحكم ونقض الحكم لا يجوز، ولم أرَ ما لم وافق رأي المكتوب إليه/ هل له رده؟ والظاهر إذا كان قد اتفقا [١/٤٣٣]

وقرأ عليهم وختم عندهم وسلمه إليهم فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ولم يقبله

عليه في مذهبه وجب عليه قبوله وإن كان مختلفاً فيه، فإن كان الراجح ما في الكتاب الحكمي عمل به وإلا رده وبه عرف أنه لو كان مخالفاً لمذهبه بالكلية رده على كل حال. ونقل في «البحر» عن «منية المفتي» ورد كتاب القاضي قاض إلى قاض آخر في حادثة لا يراه القاضي المكتوب إليه وهو مختلف فيها لا ينفذ، وإن ورد فيها سجلاً نفذه لأن السجل محكوم به دون الكتاب ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل انتهى. ولم أجد هذا في نسختي (**وقرأ**) القاضي الكتاب (**عليهم**) أي: على الشهود ليحفظوا ما فيه فيشهدون به عند الثاني.

قال في «منية المفتي»: ويجبرهم بما فيه ويشترط أن يحفظوا ما فيه لأن معرفة ما في الكتاب شرط ويدفع إليهم نسخة تكون معهم انتهى. يعني يستعينون بها على الحفظ إذ لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما، ولم يذكر عنه أن الكتاب مع أنه شرط أيضاً وهو أن يكتب فيه اسم أبيه وجده واسم المكتوب إليه كذلك، فإن أخل بشيء من ذلك لم يقبل كما لو كتبه على الظاهر، وقيل: في عرفنا يكتب على الظاهر ويكتب فيه اسم المدعي والمدعى عليه وحدهما ويذكر الحق والشهود إن شاء وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم وقال أبو يوسف آخراً: لا يشترط الختم ولا العنوان.

وفي «الشرح» لو كان العنوان من فلان بن فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم والكنية لا يتعرف به إلا أن تكون مشهورة كأبي حنيفة وابن أبي ليلا قيل: هذا رواية عن أبي سليمان وفي سائر الروايات لا تقبل لأن الناس يشتركون في الكنى، ولو نسبه إلى أبيه فقط أيضاً إلا أن يكون مشهوراً كعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وإنما الشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه، وأن يكتب القاضي الحاجة التي لا بد من معرفتها، واختاره السرخسي.

قال في «الفتح»: ولا شك عندي في صحته، فإن الغرض إذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضر كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم، وإن كان مع المدعي اشترط حقهم لما فيه ولم يشترط أبو يوسف العنوان أيضاً، بل إذا لم يكن معنوناً وكان مختوماً وشهدا بالختم كفى، ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ، فلو لم يكتبه لا يقبل (**فإن وصل**) الكتاب (**إلى**) القاضي (**المكتوب إليه نظر إلى ختمه**)، وعبارة القدوري فإذا وصل إليه لم يقبله إلا بحضرة الخصم فإذا شهد الشهود إليه نظر إلى ختمه وهو الأولى إذ لا معنى للنظر إليه بلا حضور الخصم (**ولم يقبله**)

بلا خصم ولا شهود فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلّمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله وموت المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين..

أي: لم يقرأه وإلا فمجرد قبوله لا يترتب عليه الحكم (**بلا**) حضور (**خصم**) لأن هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله إلا بحضور الخصم كالشهادة ثم إن كان الخصم مقراً استغني عن الكتاب، وإن أنكر وقال المدعي: معي الكتاب القاضي طالبه بالبينة عليه وهذا معنى قوله (**وشهود**) إما رجلان أو رجل وامرأتان يشهدان على أنه كتاب لفلان القاضي وأنه ختمه، ولا بد من إسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين، ولو كان الكتاب لذمي على مثله هذا إذا أنكر الخصم أنه كتاب القاضي فإن اعترف استغنى عن الشهادة، (**فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي**) قبله، وإن لم تثبت عدالتهم عنده وقوله: (**سلّمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه**) شرط للحاكم به حتى لو قالوا: لم يسلمه إلينا ولم يقرأه ولم يختمه بحضرتنا لم يعمل به (**فتحه القاضي**) ولم يشترط ظهور عدالتهم لفتحه تبعاً لما ذكره محمد، وذكر الخصاف عندهما أنه لا يفتحه إلا بعد ظهور عدالتهم.

قال في «المغني»: وما قاله محمد أصح إلا أنه في «الهداية» قال: الأصح ما ذكره الخصاف لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم (**ويبطل الكتاب بموت**) القاضي (**الكاتب وعزله**) وهذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى قيل: أو فسق بناء على عزله به قبل قراءته بطل، وبه عرف أن في كلامه إرسالاً غير واقع واقتصر على الموت والعزل لأن غيرهما عزل أيضاً، قيدنا بما قبل القراءة لأنه لو مات أو عزل بعدها لم يبطل في ظاهر الرواية وقال أبو يوسف في «الأمالي»: إنه لا يبطل ولو مات قبل القراءة، ولو حكم به قاضٍ ثم رفع إلى آخر وأمضاه جاز لما عرف من الاختلاف إذا كان في نفس القضاء ينفذ بتنفيذ قاضٍ آخر، فإن كان في المقتضى به استغنى عن ذلك.

(**وموت المكتوب إليه**) لأن المكاتب لما خصه فقد اعتمد عدالته والقضاة متفاوتون في ذلك فصح التعيين، (**إلا إذا كتب بعد اسمه**) أي: اسم القاضي المكتوب إليه (**وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين**) فلا يبطل لأنه لما عمم بعد التخصيص فقد اعتمد عدالة الكل قيد بقوله بعد اسمه، لأنه لو كتب ابتداء إلى كل من يصل

لا بموت الخصم وتقضي المرأة في غير حدّ وقود

إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فعند الإمام لا يجوز، والظاهر أن محمداً منعه وجوّزه أبو يوسف واستحسنه/ كثير من المشايخ، كذا في «الشرح». [٤٣٣/ ب] وفي «الخلاصة» وعليه عمل الناس اليوم، وفي «الفتح» وهو الوجه لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فبالعموم يعلم كما يعلم بالخصوص وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (لا) يبطل (**بموت الخصم**) بلا خلاف لقيام وارثه مقامه، وسواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده.

فـــرع

سمع الخصم بوصول الكتاب إلى قاضي بلدة فهرب إلى بلد أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى بلدة قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي، وكما جوزنا للأول الكتاب يجوز للثاني والثالث وهلم جرا، ولو أقام شاهداً واحداً عند القاضي وسئل أن يكتب بذلك كتاباً إلى قاضٍ آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه، وهل يكتب القاضي بعلمه؟ ففي «الخلاصة» وهو كالقضاء بعلمه، وفي شرح «أدب القضاء» للخصاف وهو الأصح إلا أن التفاوت هنا هو أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع، كذا في «الفتح».

(**وتقضي المرأة**) أي: يصح قضاؤها (**في غير حد وقود**) أي: قصاص لما مر من أن أهله أهل الشهادة ولا شك في جواز شهادتها في غير ما ذكر فكذا قضاؤها إلا أن توليها إثم لخبر البخاري «خاب قوم ولوا أمرهم امرأة»[١]. والظاهر أن الخنثى المشكل كالمرأة هنا وإخبار الشارع بنقصان عقلها لا يفيد أهليتها بالكلية، ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى؟ ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في المفرد خلافه، كذا في «الفتح» ومن حوادث الفتاوى أن واقفاً شرط الشهادة في وقفه لزيد ثم لولده من بعده فلم يترك بعده إلا بيتاً فأفتى الشيخ الأخ باستحقاقها للوظيفة، واستغربه بعض القضاة ولا اعتبار به بعد ما ذكرنا انتهى.

وكان علق في «الفتح» قوله في الأوقاف شاهدة، وعندي فيه نظر لأن صاحب «الفتح» إنما استظهر بهذا على عدم سلب ولايتها مع نقصان عقلها، ولا شك أن صلاحيتها في الأموال اتفاقاً فيه إثبات ولايتها والقضاء أهله أهل الشهادة، ولو علق في الأوقاف شاهدة لقصر عن إفادة هذا المعنى المقصود هو الأول لمن تأمل وبتقدير التسليم فعرف الواقفين مراعى، ولم يتفق تقريره أنثى شاهدة في وقف في زمن ما

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٦٨٦)، والترمذي في سننه (٢٢٦٢).

ولا يستخلف قاض إلا أن يفوّض إليه ذلك ....

فيما علمنا فوجب صرف ألفاظه إلى ما تعارفوه، وإذا كان هذا المعنى لم يخطر ببال واقف ولم يسر ذهنه إليه وإنما أراد من الشاهد الكامل فكيف يصرف لفظه إلى غير مراده؟ وقد قال شيخ الإسلام عبد البر في شرح «الوهبانية»: ينبغي ترجيح رواية دخول أولاد البنات فيما لو وقف على ذريته لأن عرفهم عليه ولا يعرفون غيره ولا يسري إلى أذهانهم غالباً سواه فاعتبر عرفهم وقال: فيما لو وقف على ولده وولد ولده ينبغي أن تصح رواية دخول أولاد البنات أيضاً قطعاً لأن فيها نص محمد عن أصحابنا، وقد انضم إلى ذلك أن الناس في هذا الزمان لا يفهمون سوى ذلك ولا يقصدون غيره وعليه عملهم وعرفهم انتهى. وهذا برهان بيّن لما ادعيناه فوجب الحكم مقتضاه، وإذا عرف هذا فتقريرها في شهادة وقف ابتداء غير صحيح والله الموفق.

وفي «الخلاصة» لو قضت في الحدود والقصاص فدفع إلى قاضٍ آخر فأمضاه ليس لغيره أن يبطله انتهى، (**ولا يستخلف قاضٍ**) أي: لا يصح استخلافه ولو كان مريضاً لأنه فوض إليه القضاء دون التقليد فصار كالوكيل ليس له أن يوكل إلا بإذن، فإذا عقد بحضرة موكله فأجازه صح أي الوكيل بالبيع والنكاح، أمّا الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أجازا وحضر لم يصح لأن المقصود عبارته، كذا في «المنية».

(**إلا أن يفوض إليه ذلك**) فيصح استخلافه ويصير الثاني عن السلطان حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا قال له السلطان: ولٍّ من شئت واستبدل من شئت، أو جعلتك قاضي القضاة لأنه الذي يتصرف فيهم تقليداً أو عزلاً، كذا في «الفتح» وإذا استخلف من لم يفوض إليه ذلك فقضى الثاني بمحضر من الأول أو بغير محضره إلا أنه أجازه جاز، كالوكيل إذا وكل مع عدم الإذن بشرط أن يكون الخليفة أهلاً للقضاء لا رقيقاً ولا محدوداً في قذف ولا كافراً، واعلم أن هذا قضاء فضولي ابتداء فيستفاد منه أن الفضولي بلا استخلاف لو قضى، وأجازه القاضي.

وفي «جامع الفصولين» لو كان له ولاية القضاء في كل يومين من كل أسبوع لا غير فقضى في التي لم تكن له ولاية القضاء فيها، فإذا جاءت التولية أجاز ما قضى جاز، وإطلاقه صحة الاستخلاف مع الإذن يفيد أنه لا فرق في الخليفة بين كونه موافقاً لمذهبه أو لا، وفي «البزازية» لو فوض إلى غيره ليقضي على مذهبه نفذ إجماعاً بقي استخلافه قبل وصوله إلى محل ولايته، وقد صرح الشهيد في شرح «أدب القاضي» للخصاف بأنه إنما يصير قاضياً إذا بلغ الموضع الذي قلد/ فيه القضاء وفيه ينبغي للقاضي أن يقدم نائبه حتى يتعرف على أحوال الناس، ومقتضى الأول أنه لا [١/٤٣٤]

بخلاف المأمور بالجمعة..

يستخلف، والثاني أنه يستخلف فيحمل على أن إرسال النائب بإذن الخليفة أو أن ذلك معروف بينهم (**بخلاف المأمور بـ**) إقامة (**الجمعة**) بحيث يجوز له أن يستخلف لأن المولى عالم بتوقتها وأنه إذا عرض عارض فاتت لا إلى خلف، ومعلوم أن الإنسان غرض فكان إذنا دلالة فإن قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز له أن يستخلف إلا من شهد الخطبة وإن بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز، وإذا رفع إليه حكم حاكم خرج به المحكم فإن له أن لا يمضيه كما سيأتي، ولم يقل آخر ليعلم حكم نفسه، كما في «الإيضاح» أمضاه عبارته في «الجامع الصغير» وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه ذكره في «الهداية» بعد كلام القدوري، قال الشارحون: أمضاه كذا في «الفتح» وغيره وهو ظاهر في جواز الاستخلاف للمرض ونحوه وتقييد الشر المسألة بما إذا أحدث لا دليل عليه، وقدمنا في الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع إليه لوجهين: الأول: قيد بالفقهاء فأفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ.

قال شمس الأئمة: وهو ظاهر المذهب وعليه الأكثر، الثاني: أنه قيد بكونه يرى غير ذلك، والمص كالقدوري لم يتعرض لذلك فيحتمل أن يكون مراده ما إذا كان موافقاً لرأيه يمضيه بالأولى، ورده في «الفتح» بأن التقييد بالفقهاء لا دلالة فيه بوجه على كونه عالماً بالخلاف وإنما مفاده أن ما فيه خلاف إذا قضى قاض عالماً أو غير عالم به ثم جاء قاضٍ آخر يرى خلافه أمضاه وكونه ينفذه وإن كان مخالفاً لرأيه يقيده كلام القدوري أيضاً فإنه أعم من كونه موافقاً لرأيه أو مخالفاً انتهى ملخصاً.

وأقره في «الحواشي السعدية» وعندي فيه نظر وذلك أن الداعي لحمل المشايخ كلام محمد على ما مر أن شرطه أن يكون الحاكم عالماً بالاختلاف حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه يعني الثاني، كما في «الشرح» وغيره وجزم به في «منية المفتي» حيث قال: قضى في مجتهد فيه ولا يعلم بذلك لم ينفذ فإنه ذكر في «السير الكبير» له مدبرون عتقوا بموته فأثبت رجل ديناً عليه فباعهم القاضي على ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ثم ظهر أنهم مدبرون بطل قضاؤه لعدم علمه بذلك حتى لو علم فاجتهد وأبطل التدبير جاز انتهى. فقوله وما اختلف فيه الفقهاء قضى فيه به القاضي أي بما اختلف فيه الفقهاء يعني عالماً باختلافهم ليصح قوله أمضاه إذ قد علمت أنه مع غير العلم لا يمضيه فإن قلت في «الخلاصة»: هذا الشرط وإن كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه.

قلت: كلام محمد إنما هو مبني على ظاهر المذهب وفي «البحر» لم يفهموا

وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه..............................

مراد صاحب «الهداية» وذلك أنه إنما ذكر ما في «الجامع» بعد كلام القدوري ليفيد أن ما في «الجامع» لا استثناء فيه بل كل مسألة اختلف فيها الفقهاء فإنها تصير محل اجتهاد، فإذا قضى قاضٍ بقول ارتفع الخلاف. وأمّا عبارة القدوري ففيها الاستثناء ورأيت في «الواقعات الحسامية» ما يفيده قال أبو الليث: رواية محمد أن كل شيء اختلف فيه الفقهاء فقضى به قاضٍ جاز ولم يكن لغيره أن يبطله ولم يذكر فيه الاختلاف وبه نأخذ.

قلت: هذا خلاف ما ذكر في شرح «أدب القاضي» للخصاف في موضعٍ الاختلاف يجوز وفي موضع الخلاف لا يجوز، أراد بالأول ما كان فيه خلافاً معتبراً كالخلاف على تفاصيل «أدب القاضي» انتهى. وإنما يمضيه لأن اجتهاد الثاني كالأول وقد رجح باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه كذا قالوا: وفيه بحث لأن اعتقادنا لمذهب الغير أنه خطأ يحتمل الصواب، ومذهبنا أنه صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالأول عندنا، كذا في «الحواشي السعدية» أي يجب علينا أن نعتقد أن مذهبنا صواب يحتمل الخطأ، ومذهب غيرنا خطأ يحتمل الصواب صرح بذلك في «المستصفى»، ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عنده، وفي «العامد» روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى، كذا في «الهداية» وفي «الصغرى» الفتوى على قول الإمام.

قال في «الفتح»: والوجه في هذا الزمان أنه يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأمّا الناس فلأن المقلد ما قلده لا لمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد، فأمّا المقلد فإنما ولاه ليحكم مذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى هذا الحكم انتهى. وهو ظاهر في كونه عالماً بالخلاف إنما هو في القاضي المجتهد، وفي «القنية» القاضي المقلد إذا قضى بخلاف مذهب لا ينفذ.

وادعى في «البحر» أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ، وأقوى ما تمسك به ما في «البزازية» إذا لم يكن/ القاضي مجتهداً [٤٣٤/ب] وقضى والنقول على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه وله نقضه كذا عن محمد وقال الثاني: ليس له أن ينقضه انتهى. وما في «الفتح» يجب أن يعول عليه في المذهب، وما في «البزازية» محمول على رواية عنهما إذ قصارى الأمر أن هذا نزل منزلة الناس لمذهبه وقد مر عنها في المجتهد أنه لا ينفذ فالمقلد أولى، وقدمنا في ديباجة كتاب القضاء أن معنى قوله: **(وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه)** أي: ألزم

إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع........

الحكم به بعد دعوى صحيحة وهذا هو التنفيذ الشرعي فارجع إليه، ولا يشترط فيه إحضار شهود الأصل بل تكفي الشهادة على الحكم عند القاضي. قال البزازي: حكم على رجل بمال وسجل ثم مات القاضي وأحضر المدعي المحكوم عليه عند قاضٍ آخر وبرهن على قضاء الأول أجبره الثاني على أداء المال إن كان الحكم الأول صحيحاً ولو قال الشهود: إن القاضي الأول غير عدل لا يمضي الثاني قضاؤه انتهى.

وفي لو ارتاب القاضي في حكم الأول له أن يطلب شهود الأصل، ولم أجد لغيره (**إلا أن يخالف الكتاب**) ببيان لشرط الاجتهاد كالقضاء بلزوم ثمن متروك التسمية عمداً فإنه مخالف لظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام:١٢١] بناء على أن الواو في قوله وإنه لفسق للعطف، والضمير راجع إلى مصدر الفعل الذي دخل عليه حرف النهي أو إلى الموصول على معنى، وإن أكله لفسق أو جعل ما لم يذكر اسم عليه من نفسه فسقاً، كذا في «الكشاف» واحتمال كونها حالية فيكون قيداً للنهي عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه كالميتة وما ذكر اسم الله تعالى رد بأن التأكيد بأن واللام ينفيه سلمناه، لكن لا نسلم التأكيد للنهي بل إشارة إلى معنى الموجب له كلا نشرب الخمر وهو حرام وبهذا ظهر ضعف ما في «الخلاصة» من أن القضاء به جائز عندهما خلافاً لأبي يوسف.

(**والسنة المشهورة**) كالقضاء بشاهد ويمين فإنه مخالف للحديث المشهور أعني قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1]، وقيد بالمشهورة احتراز عن الغريب، كذا في «الشرح» ولا بد ههنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطع الدلالة وتقييد السنة بأن تكون مشهورة أو تكون متواترة غير قطعية الدلالة وإلا فمخالفة المتواترة من كتاب أو سنة إذا كان قطعي الدلالة كفر كذا في «التلويح».

وأمّا إذا وقع الخلاف في أنه قول فلا بد أن يترجح أحد القولين بثبوت دليل التأويل فيقطع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم مما سوغ فيه الاجتهاد أم لا، كذا في «الفتح» وظاهر كلامهم يعطي أن آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل بل هي نص في المدعى فيه نظر يظهر مما مر، (**والإجماع**) وهو ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي، وغير المستند يسمى خلافاً لا اختلافاً، قال في «الهداية»: والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول انتهى، وعليه فرّع بعضهم أن للقاضي أن يبطل ما قضى به المالكي والشافعي برأيه وإنما ينفذه إذا كان قول أحدهما موافقاً لقول

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٠٩٩٠) (١٠/٢٥٢).

....

بعض الصحابة أو التابعين باعتبار أنه مختلف فيه في الصدر الأول لا باعتبار أنه قول أحدهما.

قال في «الفتح»: وعندي أن هذا لا يعول عليه، فإن صح أن مالكاً وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً وإلا فلا، وإلا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة، ويؤيده ما في «الذخيرة» خالع الأب الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها صح عند مالك وبرئ الزوج عنه، فلو قضى به قاضٍ نفذ، وفي «المنتقى» قضى بجواز إن بلا شهود نفذ لأن المسألة مختلف فيها، فمالك وعثمان البستي يشترطان الإعلان لأن الشهود وقد اعتبر خلافهما لأن الموضع موضع اشتباه الدليل إذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا يشترط الشهادة انتهى. فإذا كان معارضة المعنى للدليل السمعي توجب اشتباه الدليل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو واحدهم محل اشتباه الدليل حينئذٍ إذ لا يخلو عن مثل ذلك ولا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الأول انتهى، ما في «الفتح».

والحاصل أن قضاء الدين إن كان موافقاً للدين الشرعي أو مختلفاً فيه اختلافاً مستنداً إلى دليل لا ينقض، وإن كان الخلاف في نفس القضاء لا ينفذ إلا بتنفيذ قاضٍ آخر في الصحيح من المذهب كالقضاء على الغائب وله وقضاء المحدود في قذف وشهادته بعد التبوئة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة، وإن كان مخالفاً للدليل الشرعي لا ينفذ. ولو نفذ كالقضاء بالقصاص بتعين الولي واحداً من أهل المحلة مع يمينه أو بصحة نكاح المعتدة والوقت أو بجواز نكاح الجدة أو امرأة الجد أو بسقوط الدين بمضي سنتين أو بجواز بيع جنين ذبحت أمه ومات في بطنها أو بحل المطلقة ثلاثاً قبل أن يدخل به الثاني أو بإبطال عفو المرأة عن القود أو بعدم وقوع الثلاثة جملة أو بعدم الوقوع على حبلى أو حائض أو قبل الدخول أو في طهر حاضت فيه أو فرق بحكم العجز عن النفقة حال الغيبة، أو بصحة نكاح مزنية الأب أو الابن أو أم مزنية أو بنتها أو بسقوط المهر بلا بينة أو إقرار أو بعدم تأجيل العنين أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها أو بعدم وقوع الزائد على الواحد أو بنصف الجهاز لمن طلق قبل الدخول قبل قبض المهر والتجهيز أو بالشهادة على خط أبيه أو في الحدود أو القصاص بشهادة رجل وامرأتين أو بما في ديوانه، وقد نسي أو بشهادة شاهد على صك لا يذكرها فيه إلا أنه يعرف خطه وختمه/ أو بشهادة من شهد على قضية [١/٤٣٥] مختومة من غير أن يقرا عليه وبقضاء المرأة في حد أو قود وبقضاء عبد أو نصراني أو

....

بقسامة في قتل أو فرق بشهادة واحدة على الرضاع، أو قضى لولده بشهادة الأجانب أو بجواز بيع أم الولد وبالزيادة في معلوم الإمام من أوقاف المسجد أو بعدم تملك الكفار مال المسلم المحرر بدراهم، أو بجواز بيع درهم بدرهمين أو بصحة صلاة المحدث، أو بالقسامة على أهل المحلة بتلف المال كالنفس أو بقرعته في رقيق، أو بعدم جواز تصرف المرأة في مالها بغير إذن زوجها أو بحلف المدعي أن فلاناً مات وهناك لوث من عداوة ظاهرة من المسائل مأخوذة من «الشرح» و«البزازية» و«جامع الفصولين» و«الخانية» و«الصيرفية» و«فتح القدير».

تتمة: في فتاوى الشيخ تقي الدين السبكي الشافعي أن قضاء القاضي ينقض عند الحنفية إذا كان حكماً لا دليل عليه، ومخالفاً شرط الواقف مخالف للنص وهو حكمه لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصاً أو ظاهراً انتهى. وهو موافق لقول المشايخ شرطه كنص الشارع قال في شرح «المجمع» للمصنف: فيجب اتباعه والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

تم

فهرس الجزء الثالث